

Möglichkeiten der Kontrollrestriktion und
der Verfahrensbeschleunigung bei der
gerichtlichen Überprüfung der Genehmigung
nach § 6 BImSchG
- de lege lata und de lege ferenda -

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch den
Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von
Joachim Schwab
aus
Arnsberg

~~1986~~

1905



Erster Berichterstatter:	Prof. Dr. W. Hoppe
Zweiter Berichterstatter:	Prof. Dr. W. Krawietz
Dekan:	Prof. Dr. Bleckmann
Tag der mündlichen Prüfung:	19.12.1985

Möglichkeiten der Kontrollrestriktion und
der Verfahrensbeschleunigung bei der
gerichtlichen Überprüfung der Genehmigung
nach § 6 BImSchG

- de lege lata und de lege ferenda -

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch den
Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von
Joachim Schwab
aus
Arnsberg
1986

Erster Berichterstatter:

Prof. Dr. W. Hoppe

Zweiter Berichterstatter:

Prof. Dr. W. Krawietz

Dekan:

Prof. Dr. Bleckmann

Tag der mündlichen Prüfung:

19.12.1985

LITERATURVERZEICHNIS

- Achterberg, Norbert Allgemeines Verwaltungsrecht
Heidelberg 1982
- ders., Bundesverfassungsgericht und Zurückhal-
 tungsgebote
 DöV 1977, S. 649 - 659
- Adam, Robert Die Administrative Agencies in USA
 DVBL 1959, S. 641 - 644
- Albers, Hartmut Gerichtsentscheidungen zu Kernkraftwerken, in:
 Argumente in der Energiediskussion, hrsg. v.
 Volker Hauff, Villingen 1980
 (zitiert: Albers, Gerichtsentscheidungen)
- ders., Verwaltungsgerichte - Hindernisse bei der
 Errichtung technischer Großanlagen?
 DVBL 1983, S. 1039 - 1050
- Arendt, Wolfgang Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in den USA
 DöV 1958, S. 67 - 72
- Bachof, Otto Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbe-
 stimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht
 JZ 1955, S. 97 - 102
- ders., Neue Tendenzen in der Rechtsprechung zum
 Ermessen und zum Beurteilungsspielraum
 JZ 1972, S. 641 - 646
- ders., Anmerkung zu BVerwG v. 16.12.1971
 JZ 1972, S. 208 - 210
- Backherms, Johannes Zur Einführung: Recht und Technik
 JUS 1980, S. 9 - 14
- Badura, Peter Die gegenwärtige Diskussion über das Ver-
 waltungsverfahren in der Bundesrepublik
 Deutschland
 JA 1981, S. 33 - 38
- ders., Gestaltungsspielraum und Prognoseverantwor-
 tung wirtschaftslenkender Verwaltung
 Jura 1980, 615 - 616
- ders., Grenzen und Alternativen des gerichtlichen
 Rechtsschutzes in Verwaltungssachen
 JA 1984, S. 83 - 94
- Battis, Ulrich Anmerkung zu BVerwG v. 17.02.1978
 JA 1978, S. 588

- ders., Standortplanung für Kernkraftwerke
JUS 1977, S. 162 - 166
- Bauer, Horst Gerichtsschutz als Verfassungsgarantie
Berlin 1973
- Becker, Ulrich, Thieme, Werner Handbuch der Verwaltung
Heft 4.3
Köln Berlin Bonn München 1975
- Benda, Ernst Richter im Rechtsstaat
DRIZ 1979, S. 357 - 363
- ders., Technische Risiken und Grundgesetz
ET 1981, S. 868 - 872
- Bender, Bernd Nukleartechnische Risiken als Rechtsfrage
DÖV 1980, S. 633 - 639
- ders., Der Verwaltungsrichter im Spannungsfeld
zwischen Rechtsschutzauftrag und techni-
schem Fortschritt
NJW 1978, S. 1945 - 1953
- ders., Mittel und Wege zum Spannungsausgleich zwi-
schen Technik und Recht, in: Die Heraus-
forderung des Rechts durch die Technik und
Naturwissenschaft
DTV-Schriften Nr. 11/1979
Düsseldorf 1979
(zitiert: Bender, Spannungsausgleich)
- ders., Empfehlen sich unter dem Gesichtspunkt der
Gewährleistung notwendigen Umweltschutzes
ergänzende Regelungen im Verwaltungsverfahren-
und Verwaltungsprozeßrecht, in:
Verhandlungen des 52. Deutschen Juristentages
Band II
K 10 - K 37 (Referat)
München 1978
- Berg, Wilfried Die verwaltungsrechtliche Entscheidung bei
ungewissem Sachverhalt
Schriften zum öffentlichen Recht
Band 381
Berlin 1980
(zitiert: Berg, Verwaltungsrechtliche Ent-
scheidung)
- ders., Allgemein anerkannte Regeln der Technik im
Verwaltungsprozeß
GewArch 1978, S. 281 - 284
- Bethge, Dietrich, Meurers, Hans Technische Anleitung zum Schutz gegen Lärm
(TA Lärm)
3. Auflage
Köln 1979

- Bettermann, Karl August Die Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts
AöR 96 (1971), S. 528 - 567
- Blomeyer, Jürgen Der Ruf nach dem spezialisierten und sachverständigen Richter
ZRP 1970, S. 153 - 156
- Börner, Bodo Die Beweislast als Hebel der Rechtspolitik, insbesondere im Immissionsschutzrecht, in: Veröffentlichungen des Instituts für Energierecht an der Universität Köln
Band 50, S. 117 - 164
Baden-Baden 1982
(zitiert: Börner, VEnergR Bd. 50)
- Boisserée, Klaus, Oels, Franz, Hansmann, Klaus, Schmidt, O. Alfred Immissionsschutzrecht
Band II
3. Auflage
Siegburg, Stand 1983
- Breuer, Rüdiger Die rechtliche Bedeutung der Verwaltungsvorschriften nach § 48 BImSchG im Genehmigungsverfahren
AnwBL 1977, S. 375 - 376
- ders., Legislative und Administrative Prognoseentscheidungen
Der Staat 1977, S. 21 - 54
- ders., Strukturen und Tendenzen des Umweltschutzrechts
Der Staat 1981, S. 393 - 422
- ders., Der Störfall im Atom- und Immissionsschutzrecht
WUV 1981, S. 219 - 240
- ders., Rechtspolitische Implikationen der Kalkar-Entscheidung
Energiewirtschaft 1979, S. 268 - 276
- ders., Der Umweltschutz im System der Rechtsordnung, in: Veröffentlichungen des Instituts für Energierecht an der Universität Köln
Band 50, S. 37 - 64
Baden-Baden 1982
(zitiert: Breuer, VEnergR, Bd. 50)
- ders., Die rechtliche Bedeutung der Verwaltungsvorschriften nach § 48 BImSchG im Genehmigungsverfahren
DVBL 1978, S. 28 - 37

- ders., Die Entwicklung des Immissionsschutzrechts
1974 - 1976
NJW 1977, S. 1025 - 1034
- ders., Die Entwicklung des Umweltschutzrechts seit
1977
NJW 1979, S. 1862 - 1871
- ders., Wirksamer Umweltschutz durch Reform des
Verwaltungsverfahrens- und Verwaltungspro-
zeßrechts?
NJW 1978, S. 1558 - 1566
- ders., Gefahrenabwehr und Risikovorsorge im Atom-
recht - Zugleich ein Beitrag zum Streit um
die Berstsicherung für Druckwasserreaktoren
DVBL 1978, S. 829 - 839
- ders., Die Entwicklung des Atomrechts 1974 - 1976
NJW 1977, S. 1121 - 1129
- Breuckmann, Elmar Grundzüge des Federal Administrative Procedure
Act
Dissertation Mainz 1962
(zitiert: Breuckmann, Grundzüge)
- Brohm, Winfried Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den
Gegenwartsaufgaben der Verwaltung
VVDStRL 30 (1971), S. 275 - 312
- Büdenbender, Ulrich Energierecht
München Köln 1982
- van Buiren, Shirley, Baller-
stedt, Eike, Grimm, Dieter Richterliches Handeln und technisches Risiko
Baden-Baden 1982
- Bullinger, Martin Unbestimmte Rechtsbegriffe in der neueren
deutschen und französischen Verwaltungs-
rechtsprechung, in:
Festschrift für Hermann Jahrreiß, S. 19 - 34
Köln Berlin Bonn München 1974
(zitiert: Bullinger, FS für Jahrreiß)
- Byse, Clark, Riegert, Robert A. Das Amerikanische Bundesverwaltungsverfahren-
sgesetz von 1946, in:
Staatsbürger und Staatsgewalt, Jubiläums-
schrift zum hundertjährigen Bestehen der
deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit und
zum zehnjährigen Bestehen des Bundesverwal-
tungsgerichts
Band I, S. 405 - 439
Karlsruhe 1963
(zitiert: Byse/Riegert, Staatsbürger und
Staatsgewalt)
- Cattepoel, Jan Ermessen und Beurteilungsspielraum
VerwArch 71 (1980), S. 140 - 160

- Dienes, Karsten Die Entwürfe zur Novellierung des Immissions-
schutzrechts 1979 - ein Beitrag zu mehr
Rechtssicherheit?
RdE 1979, S. 98 - 105
- Dierkes, Meinolf, v. Thienen,
Volker Science-Court - ein Ausweg aus der Krise?
WUW 1977, Heft 4, S. 2 - 13
- Dreißigacker, Hans-Ludwig,
Surendorf, Friedrich, Weber,
Erich Luftreinhalte Band 3
Verordnung über Großfeuerungsanlagen
Köln Berlin Bonn München 1984
(zitiert: Dreißigacker/Surendorf/Weber,
Luftreinhalte)
- Drews, Bill, Wacke, Gerhard,
Vogel, Klaus, Martens, Joachim Gefahrenabwehr
Erster Band
8. Auflage
Köln Berlin Bonn München 1975
- Ehmke, Horst Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im
Verwaltungsrecht
Recht und Staat, Heft 230/31, S. 7 - 51
Tübingen 1960
- ders., Wirtschaft und Verfassung
Karlsruhe 1961
- Eisner, Frederick W. Gerichtliche Kontrolle des Baues von Kern-
kraftwerken in den USA
DVBL 1978, S. 843 - 845
- Engelhardt, Hanns Bundesimmissionsschutzgesetz
Erster Band
2. Auflage
Köln Berlin Bonn München 1980
- Engisch, Karl Einführung in das juristische Denken
7. Auflage
Stuttgart Berlin Köln Mainz 1977
- Erbel, Günter Mutmaßliche jugendgefährdende Schriften und
solche mit einem bestimmten Maß an künstle-
rischem Niveau
DVBL 1973, S. 527 - 532
- Erichsen, Hans-Uwe Unbestimmter Rechtsbegriff und Beurteilungs-
spielraum
VerwArch 63 (1972), S. 337 - 344
- ders., Der Schutz der Allgemeinheit und der indivi-
duellen Rechte durch die polizei- und ord-
nungsrechtlichen Handlungsvollmachten der
Exekutive
VVDStRL 35 (1977), S. 171 - 215

- ders., Die sog. unbestimmten Rechtsbegriffe als Steuerungs- und Kontrollmaßgaben im Verhältnis von Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung
DVBL 1985, S. 22 - 29
- Erichsen, Hans-Uwe, Martens, Wolfgang Allgemeines Verwaltungsrecht
6. Auflage
Berlin New York 1983
- Ernst, Werner, Hoppe, Werner Das öffentliche Bau- und Bodenrecht, Raumplanungsrecht
2. Auflage
München 1981
- Esser, Josef Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung
Frankfurt 1970
(zitiert: Esser, Vorverständnis)
- Feldhaus, Gerhard Zum Inhalt und zur Anwendung des Standes der Technik im Immissionsschutzrecht
DVBL 1981, S. 165 - 173
- ders., Bundesimmissionsschutzrecht
Kommentar
Band 1 A
2. Auflage
Wiesbaden 1983
- ders., Entwicklung und Rechtsnatur von Umweltstandards
UPR 1982, S. 137 - 147
- ders., Die TA-Luft 1983
DVBL 1983, S. 565 - 574
- ders., Der Vorsorgegrundsatz des Bundes-Immissionsschutzgesetzes
DVBL 1980, S. 133 - 139
- ders., Zumutbarkeitsgrenzen als Wege zur Konfliktlösung am Beispiel des Immissionsschutzrechts
DVBL 1979, S. 301 - 306
- ders., Konturen eines modernen Umweltschutzrechts
DÖV 1974, S. 613 - 618
- Fellner, Michael Besprechung von Joachim Schmidt-Salzer, Der Beurteilungsspielraum der Verwaltungsbehörden
DVBL 1969, S. 285
- Feuchte, Paul Prognose, Vorsorge und Planung bei der Genehmigung industrieller Anlagen
Die Verwaltung 1977, S. 291 - 313
- Fiedler, Wilfried Anmerkung zu BVerfG v. 08.08.1978
JZ 1979, S. 184 - 186

- ders., Beurteilungsspielraum "aus Sachnähe"?
ET 1982, S. 580 - 584
- ders., Die gerichtliche Kontrolle von Kernkraft-
werken als Problem der Rechtswissenschaft
und des Rechtsschutzes
Universitas 1981, S. 165 - 173
- Finkelnburg, Klaus Das Gebot der Effektivität des Rechts-
schutzes in der Rechtsprechung des Bundes-
verwaltungsgerichts, in:
Verwaltungsrecht zwischen Freiheit, Teilhabe
und Bindung,
Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens
des Bundesverwaltungsgerichts, S. 169 - 181
München 1978
(zitiert: Finkelnburg, BVerwG-FS)
- ders., Aktuelle Rechtsprobleme des Immissionsschutz-
rechts - insbesondere aus der Sicht des Be-
treibers
Köln 1980
- Fischerhoff, Hans Die Stellung des Atomrechts in der Rechts-
ordnung
ET 1977, S. 251 - 253
- ders., Technologie und Jurisprudenz
NJW 1969, S. 1193 - 1197
- Frisch, Wolfgang Ermessen, unbestimmter Begriff und Beur-
teilungsspielraum im Strafrecht
NJW 1973, S. 1345 - 1349
- Fröhler, Ludwig Rechtsprobleme technischer Begutachtungen
(insbesondere im Rahmen von Verwaltungsver-
fahren)
München 1971
- Frotscher, Werner Besprechung von Peter J. Tettinger, Rechts-
anwendung und gerichtliche Kontrolle im
Wirtschaftsverwaltungsrecht
NJW 1981, S. 1717
- ders., Grundfälle zum Wirtschaftsverfassungs- und
Wirtschaftsverwaltungsrecht
JUS 1983, S. 114 - 119, 775 - 781
- Fürst, Walter Der Rechtsschutz bei der Nutzung der Kern-
energie
atw 1981, S. 66 - 71
- v. Gamm, Otto-Friedrich Kartellrecht
Kommentar
Köln Berlin Bonn München 1979
- Gässler, Willi, Sander, Horst Taschenbuch Betrieblicher Immissionsschutz
P., Berlin 1979

- Gehrmann, Ludwig Zur Kontrolldichte der verwaltungsgerichtlichen Umweltschutzrechtsprechung
SchlHA 1979, S. 2 - 10
- Hanning, A., Schmieder, K. Gefahrenabwehr und Risikovorsorge im Atom- und Immissionsschutzrecht
DB Beilage Nr. 14/77, S. 2 - 15
- Hansen-Dix, Frauke Die Gefahr im Polizeirecht, im Ordnungsrecht und im Technischen Sicherheitsrecht
Schriftenreihe Recht+Technik-Wirtschaft
Band 31
Köln Berlin Bonn München 1982
(zitiert: Hansen-Dix, Die Gefahr)
- Hansmann, Klaus Sicherheitsanforderungen im Atomrecht und Immissionsschutzrecht
DVBL 1981, S. 898 - 903
- ders., Die Verordnung über Großfeuerungsanlagen
UPR 1983, S. 321 - 328
- ders., Empfehlen sich unter dem Gesichtspunkt der Gewährleistung notwendigen Umweltschutzes ergänzende Regelungen im Verwaltungsverfahren- und Verwaltungsprozeßrecht, in: Verhandlungen des 52. Deutschen Juristentages
Band III
K 38 - K 65 (Referat)
München 1978
- ders., Erläuterung, Vergleich und Abgrenzung der für Geräuscheinwirkungen verwendeten Rechtsbegriffe
UPR 1982, S. 353 - 358
- Hansmann, Karl-W., Kurzlehrbuch Prognoseverfahren
Wiesbaden 1983
- Hanssmann, Friedrich Quantitative Betriebswirtschaftslehre
München 1982
- Häusler, Christian Schadensvorsorge und Gefahrenabwehr im Immissionsschutzrecht
RdE 1979, S. 73 - 74
- Heigl, Ludwig Aktuelle Probleme und Entwicklungstendenzen im Umweltrecht
BayVBL 1979, S. 527 - 536
- Heinze, Christian Gesetzesähnliche Wirkung von Verwaltungsvorschriften
BB 1976, S. 772
- Henle, Victor Errichtungsgesetze für Großvorhaben - Zur Aufgabe von Gesetzgebung und Verwaltung bei der Planung von Flughäfen
UPR 1982, S. 215 - 218; 253 - 260

- ders., Die Masse im Massenverfahren
BayVBL 1981, S. 1 - 11
- Hermann, Hans Peter Zur Verordnung über Großfeuerungsanlagen
RdE 1983, S. 134 - 141
- ders., Schwerpunkte der Verwaltungsvorschrift zur
Änderung der TA-Luft
RdE 1983, S. 42 - 46
- Herschel, Wilhelm Regeln der Technik
NJW 1968, S. 617 - 623
- Hesse, Konrad Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundes-
republik Deutschland
10. und 13. Auflage
Heidelberg Karlsruhe 1977 und 1982
(zitiert: Hesse, Grundzüge)
- Hill, Hermann Rechtsschutz des Bürgers und Überlastung
der Gerichte
JZ 1981, S. 805 - 815
- Hofer-Zeni, Herbert Das Ermessen im Spannungsfeld von Rechts-
anwendung und Kontrolle
Wien New York 1981
(zitiert: Hofer-Zeni, Ermessen)
- Hofmann, Hasso Der Einfluß der Großtechnik auf Verwaltungs-
und Prozeßrecht
UPR 1984, S. 73 - 84
- Hoffmann-Riem, Wolfgang Rechtsanwendung und Selektion
JZ 1972, S. 297 - 302
- ders., Anscheinsgefahr und Anscheinsverursachung, in:
Verfassung, Verwaltung, Finanzen
Festschrift für Gerhard Wacke, S. 327 - 342
Köln Marienburg 1972
(zitiert: Hoffmann-Riem, Wacke-FS)
- v. Holleben, Horst Der Standort industrieller Anlagen unter
dem Gesichtspunkt des § 5 Nr. 1 BImSchG
GewArch 1977, S. 45 - 49
- Hoppe, Werner Gerichtliche Kontrolle bei komplexen Ver-
waltungsentscheidungen, in:
Verwaltungsrecht zwischen Freiheit, Teil-
habe und Bindung
Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens
des Bundesverwaltungsgerichts, S. 295 - 312
München 1978
(zitiert: Hoppe, BVerwG-FS)
- ders., Wirtschaftliche Vertretbarkeit im Rahmen des
Bundes-Immissionsschutzgesetzes
Stuttgart Berlin Köln Mainz 1977
(zitiert: Hoppe, Wirtschaftliche Vertret-
barkeit)

- | | |
|--|--|
| ders., | Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit
DVBL 1975, S. 684 - 695 |
| ders., | Staatsaufgabe Umweltschutz
VVDStRL 38 (1979), S. 211 - 317 |
| ders., | Bauplanungsrechtliche Grundsätze bei der Kollision und zur Ausbalancierung von Belangen
Jura 1979, S. 133 - 148 |
| ders., | Die Schranken der planerischen Gestaltungsfreiheit
BauR 1970, S. 15 - 18 |
| ders., | Zur Struktur von Normen des Planungsrechts
DVBL 1974, S. 641 - 647 |
| ders., | Die Zusammenstellung des Abwägungsmaterials und die Einstellung der Belange in die Abwägung nach Lage der Dinge bei der Planung
DVBL 1977, S. 136 - 144 |
| Horn, Hans-Rudolf | Rechtsstaat und Elektrizität - Zum Kraftwerksverbot des OVG Münster
DVBL 1977, S. 13 - 26 |
| Horn, Thomas J. | Übersicht der Rechtsprechung zum Immissionsschutz des Bundesimmissionsschutzgesetzes
UPR 1983, S. 215 - 228 |
| van Husen, Paulus | Die Überlastung der Verwaltungsgerichte
DVBL 1958, S. 671 - 676 |
| ders., | Gibt es in der Verwaltungsgerichtsbarkeit justizfreie Regierungsakte?
DVBL 1953, S. 70 - 73 |
| Immenga, Ulrich, Mestmäcker, Ernst-Joachim | Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
Kommentar
München 1981 |
| Ipsen, Jörn | Die Genehmigung technischer Großanlagen. Rechtliche Regelung und neuere Judikatur
AöR 107 (1982), S. 259 - 296 |
| Jarras, Hans D. | Bundesimmissionsschutzgesetz
Kommentar
München 1983 |
| ders., | Schädliche Umwelteinwirkungen - Inhalt und Grenzen eines Kernbegriffs des Immissionsschutzrechts
DVBL 1983, S. 725 - 732 |
| Jesch, Dietrich | Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen
AöR 82 (1957), S. 163 - 249 |

Jessen, Uwe	Die Gestaltung des Rechtsmittelzugs im Entwurf einer Verwaltungsprozeßordnung NVwZ 1982, S. 410 - 414
Jost, Dieter	Die neue TA-Luft Kissing, Stand 1984
Junker, A., Kabelitz, K.R., de La Riva, C., Schwarz, R.	TA-Luft Kommentar Köln 1983
Kausch, Hans-Gerd	Grundzüge des Umweltrechts der USA am Beispiel der Luftreinhaltung Berlin 1972 (zitiert; Kausch, Grundzüge)
Kellner, Hugo	Ermessensspielraum und sogenannter Beurteilungsspielraum - Meinungsstand und Ausblick Dokumentation zum Deutschen Verwaltungsrichtertag 1974, S. 45 - 47
Kewenig, Wilhelm A.	Alternativen zur Überwindung der Akzeptanzkrise WUW 1978, Heft 3, S. 2 - 7
Kimminich, Otto	Das Recht des Umweltschutzes München 1972
Kissel, Rudolf	Grenzen der rechtsprechenden Gewalt NJW 1982, S. 1777 - 1785
Klein, Friedrich	Tragweite der Generalklausel in Art. 19 Abs. 4 des Bonner Grundgesetzes VVDStRL 8 (1950), S. 67 - 147
Klein, Hans-H.	Zur Auslegung des Rechtsbegriffs der "öffentlichen Sicherheit und Ordnung" DVBL 1971, S. 233 - 243
Kloepfer, Michael	Verfahrensdauer und Verfassungsrecht JZ 1979, S. 209 - 216
Koch, Hans-Joachim	Unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensermächtigungen im Verwaltungsrecht Frankfurt 1979 (zitiert: Koch, unbestimmte Rechtsbegriffe)
Koch, Hans-Joachim, Rüßmann, Helmut	Juristische Begründungslehre München 1982 (zitiert: Koch/Rüßmann, Begründungslehre)
Kommentar	Kommentar zum Bonner Grundgesetz Hamburg, Stand 1984
König, Klaus	Planung und Koordination im Regierungssystem VerwArch 62 (1971), S. 1 - 15

- Kopp, Ferdinand Entwicklungstendenzen in der Verwaltungsgerichtsbarkeit
BayVBL 1977, S. 513 - 526
- ders., Welchen Anforderungen soll eine einheitliche Verwaltungsprozeßordnung genügen, um im Rahmen einer funktionsfähigen Rechtspflege effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten?, in: Verhandlungen des 54. Deutschen Juristentages Band I
B 9 - B 126 (Gutachten)
München 1982
- ders., Planung und Verwaltungsgerichtsbarkeit
UPR 1982, S. 44 - 48
- ders., Über die Grenzen der verwaltungsgerichtlichen Rechtskontrolle im Wirtschaftsrecht
WUV 1983, S. 1 - 22
- ders., Entlastung der Verwaltungsgerichte und Beschleunigung des Verfahrens nach dem Entwurf einer Verwaltungsprozeßordnung (EVwPO)
DVBL 1982, S. 613 - 622
- ders., Individueller Rechtsschutz und öffentliches Interesse in der Verwaltungsgerichtsbarkeit
BayVBL 1980, S. 263 - 272
- ders., Die Grenzen der richterlichen Nachprüfung wertender Entscheidungen der Verwaltung
DÖV 1966, S. 317 - 322
- ders., Verwaltungsgerichtsordnung
Kommentar
6. Auflage
München 1984
- Korbmacher, Günther Ermessen - unbestimmter Rechtsbegriff - Beurteilungsspielraum
DÖV 1965, S. 696 - 704
- Krebs, Walter Zur Rechtsetzung der Exekutive durch Verwaltungsvorschriften
VerwArch 70 (1979), S. 259 - 273
- Kriele, Martin Recht und Politik in der Verfassungsrechtsprechung
NJW 1976, S. 777 - 783
- Kuhnt, Dietmar Rechtskontrolle technischer Großprojekte, in: Bitburger Gespräche, Jahrbuch 1981
München, S. 101 - 116
(zitiert: Kuhnt, Bitburger Gespräche)

- ders., Prozeßrechtliche Probleme in der Rechtsprechung, in:
Fünftes Deutsches Atomrechts-Symposium,
Schriftenreihe Recht-Technik-Wirtschaft
Band 14, S. 33 - 48
Köln Berlin Bonn München 1977
- Kutscheidt, Ernst Die nach dem Stand von Wissenschaft und Technik erforderliche Vorsorge gegen Schäden -
Die Problematik des unbestimmten Rechtsbegriffs und seiner Konkretisierung, in:
Schriftenreihe Recht-Technik-Wirtschaft
Band 20, S. 71 - 82
Köln Berlin Bonn München 1980
(zitiert: Kutscheidt, Stand von Wissenschaft und Technik)
- ders., Die Änderung der TA-Luft aus der Sicht der Rechtsprechung
NVwZ 1983, S. 581 - 585
- Lambrecht, Claus Generalklauseln und technischer Fortschritt
DÖV 1981, S. 700 - 706
- Landmann, Heinz, Giers, Wolfgang, Proksch, Ernst Allgemeines Verwaltungsrecht
4. Auflage
Düsseldorf (o. Jahresangabe)
- Landmann, Robert, Rohmer, Gustav Gewerbeordnung und ergänzende Vorschriften
Band III
Umweltrecht
13. Auflage
Stand 1983
(zitiert: Bearbeiter in: Landmann/Rohmer, ...)
- Langen, Eugen, Niederleithinger, Ernst, Ritter, Lennart, Schmidt, Ulrich Kommentar zum Kartellgesetz
6. Auflage
Neuwied Darmstadt 1982
- Larenz, Karl Methodenlehre der Rechtswissenschaft
5. Auflage
Berlin Heidelberg New York Tokyo 1983
- Laubinger, Hans-Werner Ein weiterer Schritt auf dem Weg zur Verwaltungsprozeßordnung
DÖV 1982, S. 895 - 899
- Lecheler, Helmut Zur Reform der atomrechtlichen Anlagenbau- und Betriebsgenehmigung
ZRP 1977, S. 241 - 246
- Leisner, Walter Effizienz als Rechtsprinzip
Recht und Staat, Heft 402/403, S. 5 - 60
Tübingen 1971

- ders., . Gesetz wird Unsinn ...
DVBL 1981, S. 849 - 857
- Lerche, Peter Die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Geflecht
der Rechtskontrollen
BayVBL 1980, S. 257 - 263
- ders., Kernkraft und rechtlicher Wandel
Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Hannover
Heft 6
Bielefeld 1981
(zitiert: Lerche, Kernkraft)
- v. Lersner, Heinrich Verwaltungsrechtliche Instrumente des Um-
weltschutzes
Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft
Heft 76
Berlin 1983
(zitiert: v. Lersner, Instrumente)
- Listl, Joseph Die Entscheidungsprärogative des Parlaments
für die Errichtung von Kernkraftwerken
DVBL 1978, S. 10 - 22
- Löwer, Wolfgang Wirtschaftsverwaltungsrecht
JA 1976, S. 701 - 704
- Lorenz, Dieter Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechts-
weggarantie
München 1973
(zitiert: Lorenz, Rechtsschutz)
- ders., Der grundrechtliche Anspruch auf effektiven
Rechtsschutz
AöR 105 (1980), S. 623 - 649
- Luhmann, Niklas Lob der Routine
VerwArch 55 (1964), S. 1 - 33
- Lummert, Rüdiger Deutsch-amerikanische Konferenz über Rechts-
fragen des Umweltschutzes in Berlin
DVBL 1980, S. 912 - 913
- Lukes, Rudolf Technischer Sachverstand und Rechtsentschei-
dung, in:
Bitburger Gespräche
Jahrbuch 1981, München, S. 117 - 130
(zitiert: Lukes, Bitburger Gespräche)
- ders., Das Atomrecht im Spannungsfeld zwischen
Technik und Recht
NJW 1978, S. 241 - 246
- ders., Die Regelung technischer Sachverhalte in
der Rechtsordnung
Schriftenreihe Recht-Technik-Wirtschaft
Band 22, S. 81 - 96
Köln Berlin Bonn München 1980
(zitiert: Lukes, technische Sachverhalte)

- ders., Gefahr und Gefahrenbeurteilungen im Recht
Schriftenreihe Recht-Technik-Wirtschaft
Band 21, Teil I und II
Köln Berlin Bonn München 1980
(zitiert: Lukes, Gefahrenbeurteilungen)
- Lukes, Rudolf, Vollmer, Lothar,
Mahlmann, Wilfried Grundprobleme zum atomrechtlichen Genehmigungs-
verfahren
Planfeststellungsverfahren
US-amerikanisches Genehmigungsverfahren
Schriftenreihe Recht und Technik
Band 3
Heidelberg 1971
(zitiert: Lukes/Vollmer/Mahlmann, US-ameri-
kanisches Genehmigungsverfahren)
- Mäder, Werner Auflösungerscheinungen bei der TA-Luft?
UPR 1982, S. 281 - 287
- Maetzel, Wolf Bogumil Instanzenverkürzungen im Verwaltungsprozeß?
DÖV 1977, S. 626 - 628
- Mahlmann, Wilfried Ermessen, Beurteilungsspielraum und Beweis-
lastverteilung im atomrechtlichen Genehmigungs-
verfahren, in:
Erstes Deutsches Atomrechts-Symposium
Schriftenreihe Recht-Technik-Wirtschaft
S. 269 - 289
Köln Berlin Bonn München 1973
(zitiert: Mahlmann, Beurteilungsspielraum)
- Marburger, Peter Atomrechtliche Schadensvorsorge
Schriftenreihe Recht-Technik-Wirtschaft
Band 32
Köln Berlin Bonn München 1983
(zitiert: Marburger, Schadensvorsorge)
- ders., Das technische Risiko als Rechtsproblem, in:
Bitburger Gespräche
Jahrbuch 1981, München, S. 39 - 59
(zitiert: Marburger, Bitburger Gespräche)
- ders., Rechtliche Grenzen technischer Sicherheits-
pflichten
WUV 1981, S. 241 - 258
- ders., Die Regeln der Technik im Recht
Köln Berlin Bonn München 1979
(zitiert: Marburger, Regeln der Technik)
- Martens, Joachim Der Instanzenzug in der Verwaltungsgerichts-
barkeit
DÖV 1969, S. 313 - 318
- ders., Entwicklungstendenzen im Verwaltungsprozeß-
recht
ZRP 1977, S. 209 - 213

- Martens, Wolfgang Wandlungen im Recht der Gefahrenabwehr
DÖV 1982, S. 89 - 98
- ders., Rechtsfragen der Anlagen-Genehmigung nach
dem Bundes-Immissionsschutzgesetz, in:
Hamburg Deutschland Europa, Festschrift
für Hans-Peter Ipsen, S. 449 - 464
Tübingen 1977
(zitiert: Martens, FS für Ipsen)
- ders., Immissionsschutzrecht und Polizeirecht
DVBL 1981, S. 597 - 609
- Maunz, Theodor, Dürig, Günter,
Herzog, Roman, Scholz, Rupert Grundgesetz Kommentar
Band II
München, Stand: 1983
- Maurer, Hartmut Allgemeines Verwaltungsrecht
3. Auflage
München 1983
- Menger, Christian-Friedrich System des verwaltungsgerichtlichen Rechts-
schutzes
Tübingen 1954
(zitiert: Menger, Rechtsschutz)
- Merten, Detlev Die Vereinheitlichung der Verwaltungsge-
richtsgesetze zu einer Verwaltungsprozeß-
ordnung
Schriftenreihe der Hochschule Speyer
Band 75
Berlin 1978
(zitiert: Merten, Die Vereinheitlichung)
- Meyer, Klaus Zur Problematik der unbestimmten Begriffe
in der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte
DÖV 1954, S. 368 - 370
- Meyer-Abich, Jan Wieviel Kontrolle durch die Richter?
Umwelt 1976, S. 442 - 444
- Meyer-Hentschel (ohne Vornamen) Reform der Verwaltungsgerichtsbarkeit als
Teilproblem der Verwaltungsreform
VerwArch 48 (1957), S. 142 - 165
- Meyer-Ladewig, Jens Das Gesetzgebungsvorhaben einer Verwaltungs-
prozeßordnung
NVwZ 1982, S. 401 - 406
- ders., Vereinfachung und Beschleunigung verwal-
tungsgerichtlicher Verfahren
DVBL 1979, S. 539 - 544
- Meyn, Karl-Ulrich Aspekte zur Problematik von Beurteilungs-
spielraum und Ermessen
JA 1980, S. 327 - 334

- Mittelstaedt, Horst Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen
gewerblicher Anlagen nach dem Bundes-
Immissionsschutzgesetz
BB 1975, S. 1460 - 1463
- Morstein Marx, Fritz Amerikanische Verwaltung
Berlin 1963
- Müller, Heinz, Giessler, Peter,
Scholz, Ulrich Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbe-
schränkungen
Band 2
4. Auflage
Frankfurt 1981
(zitiert: Müller/Giessler/Scholz, Kartell-
gesetz)
- Müller-Glöge, Rudi Die verwaltungsgerichtliche Kontrolle admi-
nistrativer Immissionsprognosen
Göttinger Rechtswissenschaftliche Studien
Band 120
Göttingen 1982
(zitiert: Müller-Glöge, Immissionsprognosen)
- v. Münch, Ingo Grundgesetz - Kommentar
Band 1
Präambel bis Art. 20
2. Auflage
München 1981
- ders., Besonderes Verwaltungsrecht
6. Auflage
Berlin New York 1982
- Muthesius, Thomas Bundesimmissionsschutzgesetz mit TA-Luft
Neue Kommunale Schriften Band 30
Köln 1975
- Mutschler, Ulrich Zur Straffung des Verwaltungsrechtszugs im
Industriezulassungsrecht
RdE 1982, S. 150 - 154
- Nicklisch, Fritz Konkretisierung wissenschaftlicher und tech-
nischer Standards bei der Genehmigung kom-
plexer Großanlagen
BB 1981, S. 505 - 512
- Niere, Ulrich Allgemeine Verwaltungsvorschriften nach § 48
BImSchG und vorläufiger Rechtsschutz nach
§ 80 VwGO
DVBL 1975, S. 172 - 175
- Nierhaus, Michael Zur gerichtlichen Kontrolle von Prognose-
entscheidungen der Verwaltung
DVBL 1977, S. 19 - 26
- Obermayer, Klaus Die Beurteilungsfreiheit der Verwaltung
BayVBL 1975, S. 257 - 263

- Oberndorfer, Peter Strukturprobleme des Raumordnungsrechts
Die Verwaltung 5 (1972), S. 257 - 272
- v. Olshausen, Henning Beurteilungsspielraum der Verwaltung und
Rationalität der Rechtsanwendung
JUS 1973, S. 217 - 222
- Ossenbühl, Fritz Selbstbindungen der Verwaltung
DVBL 1981, S. 857 - 865
- ders., Die gerichtliche Überprüfung der Beurteilung
technischer und wirtschaftlicher Fragen in
Genehmigungen des Baus von Kernkraftwerken,
in:
Veröffentlichungen des Instituts für Ener-
gierecht an der Universität Köln
Band 41/42, S. 39 - 62
Düsseldorf 1978
(zitiert: Ossenbühl, VEnergR Bd. 41/42)
- ders., Tendenzen und Gefahren der neueren Ermessens-
lehre
DÖV 1968, S. 618 - 627
- ders., Zur Renaissance der administrativen Beur-
teilungsermächtigung
DÖV 1972, S. 401 - 405
- ders., Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen
und Prognoseentscheidungen durch das Bundes-
verfassungsgericht, in:
Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz,
Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens
des Bundesverfassungsgerichts
Erster Band, Verfassungsgerichtsbarkeit
S. 458 - 518
Tübingen 1976
(zitiert: Ossenbühl, BVerfG-FS)
- ders., Der polizeiliche Ermessens- und Beurtei-
lungsspielraum
DÖV 1976, S. 463 - 471
- ders., Welche normativen Anforderungen stellt der
Verfassungsgrundsatz des demokratischen
Rechtsstaates an die planende staatliche
Tätigkeit, in:
Verhandlungen des 50. Deutschen Juristentages
Band I
B. 11 - 205 (Gutachten)
München 1974
- ders., Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz
Bad Homburg v.d.H. Berlin Zürich 1968
(zitiert: Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften)
- ders., Aktuelle Probleme der Gewaltenteilung
DÖV 1980, S. 545 - 553

- ders., Vom unbestimmten Gesetzesbegriff zur letztverbindlichen Verwaltungsentscheidung
DVBL 1974, S. 309 - 313
- Papier, Hans-Jürgen Die rechtlichen Grenzen der Bauleitplanung
DVBL 1975, S. 461 - 467
- ders., Rechtskontrolle technischer Großprojekte, in:
Bitburger Gespräche
Jahrbuch 1981, München, S. 81 - 99
(zitiert: Papier, Bitburger Gespräche)
- ders., Anmerkung zu OVG Berlin v. 17.07.1978
DVBL 1979, S. 162 - 164
- ders., Die Stellung der Verwaltungsgerichtsbarkeit
im demokratischen Rechtsstaat
Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft
e.V. Berlin
Heft 58
Berlin New York 1979
(zitiert: Papier, Die Stellung)
- Parker, Reginald Das Öffentliche Recht, Verfassungsrecht und
Allgemeines Verwaltungsrecht der Vereinigten
Staaten von Amerika
Wien 1963
(zitiert: Parker, Das Öffentliche Recht)
- Pestalozza, Christian Energieversorgung unter Richtervorbehalt
Der Staat 1979, S. 481 - 506
- Pfeiffer, Gerd Knappe Ressource Recht
ZRP 1981, S. 121 - 125
- Picot, Arnold Prognose und Planung - Möglichkeiten und
Grenzen
DB 1977, S. 2149 - 2153
- Pieper, Helmut Richter und Sachverständiger im Zivilprozeß
ZJP 84 (1971), S. 1 - 40
- Plagemann, Hermann, Tietzsch, Rainer Stand der Wissenschaft und Stand der Technik
als unbestimmte Rechtsbegriffe
Recht und Staat, Heft 498/499
Tübingen 1980
- Pütz, Manfred, Buchholz, Karl-Heinz Die Genehmigungsverfahren nach dem Bundes-
Immissionsschutzgesetz
Berlin 1982
- Quambusch, Erwin Auf dem Weg zum mäßig kontrollierten Beamten-
handeln - Irrtümer bei der Verabschiedung
des unbestimmten Rechtsbegriffs
ZBR 1976, S. 274 - 278

- Raiser, Thomas Ökonomen im Bundeskartellamt und in den
Kartellgerichten
BB 1972, S. 471 - 475
- Rasenack, Christian Verwaltungsverfahren in den Vereinigten
Staaten
DÖV 1970, S. 851 - 852
- Rauschnig, Dietrich Staatsaufgabe Umweltschutz
VVDStRL 38 (1979), S. 167 - 210
- Rautenberg, J. Untersuchungsmaxime und Zurückverweisungen
im verwaltungsgerichtlichen Verfahren
NJW 1955, S. 1545 - 1546
- Redeker, Konrad Bemerkungen zum Entwurf einer Verwaltungs-
prozeßordnung aus anwaltlicher Sicht
DVBL 1982, S. 805 - 812
- ders., Grenzen für einen Abbau staatlicher Rechts-
schutzgewährung
RuP 1981, S. 51 - 55
- ders., "Sozialstaatliche Gestaltung und rechts-
staatliche Bindung" zugleich: Standort
der Verwaltungsgerichte in diesem Spannungs-
feld
DVBL 1971, S. 369 - 374
- ders., Fragen der Kontrolldichte verwaltungsgericht-
licher Rechtsprechung
DÖV 1971, S. 757 - 762
- Redeker, Konrad, v. Oertzen,
Hans-Joachim Verwaltungsgerichtsordnung
Kommentar
7. Auflage
Stuttgart Berlin Köln Mainz 1981
- Rehbinder, Eckard Immissionsschutzrechtlicher Gefahrenbegriff -
Beurteilung von Störfällen durch äußere
Einwirkungen
BB 1976, S. 1 - 4
- Rengeling, Hans-Werner Umweltschutz im Verwaltungsverfahrens- und
Verwaltungsprozeßrecht
JZ 1978, S. 453 - 458
- ders., Die immissionsschutzrechtliche Vorsorge als
Genehmigungsvoraussetzung
DVBL 1982, S. 622 - 629
- ders., Aktuelle verwaltungsrechtliche und verwalt-
ungsgerichtliche Fragen bei der Errichtung
von Kernkraftwerken
JZ 1977, S. 542 - 549

- ders., Die immissionsschutzrechtliche Vorsorge, in:
Veröffentlichungen des Instituts für Ener-
gierecht an der Universität Köln
Band 49
Baden-Baden 1982
(zitiert: Rengeling, VEnergR, Bd. 49)
- Reuß, Hermann Der Richter und das Gesetz
DÖV 1963, S. 361 - 364
- ders., Das Ermessen
DVBL 1953, S. 585 - 589
- ders., Der unbestimmte Rechtsbegriff
DVBL 1953, S. 649 - 655
- Richter, Bernhard Der Umfang der gerichtlichen Kontrolle atom-
rechtlicher Genehmigungen
ET 1982, S. 140 - 143
- Riegel, Reinhard Bindung der Verwaltungsgerichte an allgemeine
Verwaltungsvorschriften als Beitrag zur Pro-
zeßökonomie?
BB 1976, S. 1632 - 1633
- ders., Nachruf auf das Vorsorgeprinzip des Bundes-
Immissionsschutzgesetzes
DVBL 1976, S. 764 - 766
- Riegert, Robert A. Das amerikanische Administrative Law
Berliner 1967
(zitiert: Riegert, Administrative Law)
- Rittstieg, Andreas Die Konkretisierung technischer Standards
im Anlagenrecht
Schriftenreihe Recht-Technik-Wirtschaft
Band 26
Köln Berlin Bonn München 1982
(zitiert: Rittstieg, Konkretisierung)
- Roelleke, Gerd Wissenschaft im Kreuzverhör
WUW 1978, Heft 2, S. 2 - 6
- Römermann, Klaus Zur Frage eines Standortplanfeststellungs-
verfahrens für Großkraftwerke
UPR 1982, S. 373 - 375
- Roßnagel, Alexander Wie dynamisch ist der "dynamische Grund-
rechtsschutz" des Atomrechts?
NVwZ 1984, S. 137 - 142
- Roth-Stielow, Klaus Grundrechtsschutz und Schadensausschluß im
Atomrecht
DÖV 1979, S. 167 - 168
- Rudolph, Kurt Möglichkeiten und Grenzen einer sachkundigen
Besetzung der Richterbank
JZ 1975, S. 316 - 320

- Rupp, Hans Heinrich Die "Verwaltungsvorschriften" im grundgesetzlichen Normensystem
JUS 1975, S. 609 - 617
- ders., Die Bindung des Richters an das Gesetz
NJW 1973, S. 1769 - 1774
- Rüssmann, Helmut Die Begründung von Werturteilen
JUS 1975, S. 352 - 358
- Sachs, Michael Effektive Rechtsschutzgewährung in einer einheitlichen Verwaltungsprozeßordnung
ZRP 1982, S. 227 - 232
- Sailer, Christian Gegenwartsprobleme der Verwaltungsgerichtsbarkeit
BayVBL 1980, S. 272 - 276
- Salzwedel, Jürgen Staatsaufsicht in Verwaltung und Wirtschaft
VVDStRL 22 (1965), S. 206 - 257
- ders., Grundzüge des Umweltrechts
Berlin 1982
- ders., Probleme einer inneren Harmonisierung des deutschen Umweltrechts, in:
Dokumentation zur 5. wissenschaftlichen Fachtagung der Gesellschaft für Umweltrecht e.V. 1981, S. 33 - 72
Berlin 1982
(zitiert: Salzwedel, Probleme)
- Sander, Heinz Verwaltungsgerichtsbarkeit in Schleswig-Holstein
SchLHA 1971, S. 119 - 134
- Sander, Horst P. Zu neuen Entwicklungen des Immissionsschutzrechts - Bewertungen aus industrieller Sicht -
DVBL 1985, S. 269 - 276
- Schäfer, Hans Jürgen Inhalt und Grenzen der Richterlichen Gewalt nach der Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika
Neue Kölner Rechtswissenschaftliche Abhandlungen Heft 56
Berlin 1968
(zitiert: Schäfer, Inhalt und Grenzen)
- Schapals, Werner Verfahren nach der Verwaltungsgerichtsordnung
3. Auflage
Stuttgart Berlin Köln Mainz 1982
(zitiert: Schapals, VwGO)
- Scharpf, Fritz Die politischen Kosten des Rechtsstaats
Tübingen 1970
(zitiert: Scharpf, Kosten des Rechtsstaats)
- Schenke, Wolf-Rüdiger Mehr Rechtsschutz durch eine einheitliche Verwaltungsprozeßordnung?
DÖV 1982, S. 709 - 725

- ders., Gesetzgebung durch Verwaltungsvorschriften?
DÖV 1977, S. 27 - 33
- Schimke, Hans-Jürgen Der "Beurteilungsspielraum" der Einstellungs-
behörde bei der Einstellung von "Radikalen"
in den öffentlichen Dienst
Dissertation
Münster 1980
(zitiert: Schimke, Beurteilungsspielraum)
- Schlephorst, Hubert Amerikanisches Verwaltungsrecht im Spannungs-
feld zwischen zunehmender staatlicher Be-
tätigung und bürgerlichen Freiheitsrechten
Dissertation
Münster 1963
(zitiert: Schlephorst, Amerikanisches Ver-
waltungsrecht)
- Schlichter, Otto Gesetzgebung und Rechtsprechung im Spannungs-
feld zwischen Umweltschutz und Wirtschaft
GewArch 1978, S. 313 - 319
- Schmalz, Dieter Allgemeines Verwaltungsrecht
Teil 1
3. Auflage
Köln u.a. 1983
- Schmatz, Hans, Nöthlichs,
Matthias Sicherheitstechnik
Band VIII
Neuburg Stand: 1984
(zitiert: Schmatz/Nöthlichs, Sicherheits-
technik)
- Schmidt, Johann Erstickt uns die Bürokratie durch zu viel
Kontrolle der Verwaltungsgerichte?
BayVBL 1980, S. 737 - 740
- ders., Technische Berater für die Gerichte der Ver-
waltungsgerichtsbarkeit, in:
Festschrift für Maunz 1981
(zitiert: Schmidt, J., FS für Maunz)
- ders., Die Bewältigung von verwaltungsgerichtlichen
Massenverfahren
DVBL 1982, S. 148 - 152
- Schmidt, Karsten Kartellverfahrensrecht - Kartellverwaltungs-
recht - Bürgerliches Recht
Köln Berlin Bonn München 1977
(zitiert: Schmidt, K., Kartellrecht)
- Schmidt, Walter Gesetzesvollziehung durch Rechtsetzung
Gießener Beiträge zur Rechtswissenschaft
Band 1
Bad Homburg v.d.H. Berlin Zürich 1969
(zitiert: Schmidt, W., Gesetzesvollziehung)

- ders., Die Verwaltungsgerichtsbarkeit an den Grenzen des Verwaltungsrechtsschutzes
NJW 1978, S. 1769 - 1776
- ders., Einführung in die Probleme des Verwaltungsrechts
München 1982
- Schmidt-Aßmann, Eberhard Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit
VVDStRL 34 (1976), S. 221 - 267
- Schmidt-Bleibtreu, Bruno, Klein, Franz Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
6. Auflage
Neuwied Darmstadt 1983
- Schmidt-Eichstaedt, Gerd Ermessen, Beurteilungsspielraum und eigenverantwortliches Handeln der Verwaltung
ÄöR 98 (1973), S. 173 - 195
- Schmidt-Salzer, Joachim Der Beurteilungsspielraum der Verwaltungsbehörden
Berlin 1968
(zitiert: Schmidt-Salzer, Beurteilungsspielraum)
- Schmitt Glaeser, Walter Planende Behörden, protestierende Bürger und überforderte Richter
Der Landkreis 1976, S. 442 - 451
- ders., Massenverfahren vor den Verwaltungsgerichten
DRIZ 1980, S. 289 - 297
- Schmitt Glaeser, Walter, Meins, Jürgen W. Recht des Immissionsschutzes
Königstein/Ts. 1982
(zitiert: Schmitt Glaeser/Meins, Immissionschutz)
- Schmölling, Jürgen, Mäder, Werner Das Bundes-Immissionsschutzgesetz - Entwicklung oder Stillstand?
GewArch 1980, S. 78 - 83
- dies., Zum Vorsorgeanspruch des Bundes-Immissionsschutzgesetzes
GewArch 1979, S. 47 - 53
- Schneider, Otmar Grundsätzliche Überlegungen zur polizeilichen Gefahr
DVBL 1980, S. 406 - 409
- Schoeck, Helmut Richter als Zivilisations-Zensoren
ET 1977, S. 253

- | | |
|------------------------------------|---|
| Scholz, Rupert | Kartellrechtliche Preiskontrolle als Verfassungsfrage
ZHR 141 (1977), S. 520 - 553 |
| ders., | Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit
VVDStRL 34 (1976), S. 146 - 220 |
| ders., | Wirtschaftsaufsicht und subjektiver Konkurrentenschutz
Schriften zum öffentlichen Recht
Band 141
Berlin 1971
(zitiert: Scholz, Wirtschaftsaufsicht) |
| ders., | Die Verwaltungsprozeßordnung im Gesetzgebungsverfahren
DVBL 1982, S. 605 - 613 |
| Schramm, Theodor | Beurteilungen im Prüfungs-, Schul- und Beamtenrecht
Köln Berlin Bonn München 1975
(zitiert: Schramm, Beurteilungen) |
| Schunck, Egon, De Clerk, Hans | Verwaltungsgerichtsordnung
Kommentar
3. Auflage
Siegburg 1977 |
| Schwarze, Jürgen | Rechtsfragen bei der Errichtung von Kernkraftwerken
DÖV 1973, S. 700 - 705 |
| Schwenk, Edmund H. | Grundzüge des amerikanischen Verwaltungsrechts
DVBL 1958, S. 333 - 338 |
| Schwerdtfeger, Gunther | Das Bundes-Immissionsschutzgesetz
NJW 1974, S. 777 - 780 |
| Schwind, Hans-Dieter | Verstärkung der Rechtspflege
DRIZ 1981, S. 196 |
| Seehusen, August-Wilhelm | Gedanken zum Rechtsschutz im Flurbereinigungsgesetz
DÖV 1953, S. 687 - 689 |
| Seidler, Hanns-Hermann | Rechtsschutz bei staatlicher Wirtschaftsplanung
Schriften zum öffentlichen Recht
Band 219
Berlin 1973
(zitiert: Seidler, Rechtsschutz) |
| Seifert, Karl-Heinz, Hönig, Dieter | Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
Kommentar
1. Auflage
Baden-Baden 1982 |

- Sellner, Dieter Immissionsschutzrecht und Industrieanlagen
München 1978
(zitiert: Sellner, Immissionsschutzrecht)
- ders., Kontrolle immissions- und atomrechtlicher
Entscheidungen im Verwaltungsgerichtsprozeß
Natur und Recht 1981, S. 204
- ders., Kontrolle immissionsschutzrechtlicher und
atomrechtlicher Entscheidungen im Verwal-
tungsgerichtsprozeß
BauR 1980, S. 391 - 406
- ders., Technischer Fortschritt und technisches Ri-
siko im Lichte der Rechtsprechung, in:
Siebtes Deutsches Atomrechtssymposium
Schriftenreihe Recht-Technik-Wirtschaft
Band 31, S. 265 - 287
Köln Berlin Bonn München 1984
(zitiert: Sellner, Technischer Fortschritt)
- ders., Zum Vorsorgegrundsatz im Bundes-Immissions-
schutzgesetz
NJW 1980, S. 1255 - 1261
- ders., Die Grundpflichten im Bundes-Immissionsschutz-
gesetz, in:
Verwaltungsrecht zwischen Freiheit, Teilhabe
und Bindung, Festgabe aus Anlaß des 25jähri-
gen Bestehens des Bundesverwaltungsgerichts
S. 603 - 618
München 1978
(zitiert: Sellner, BVerwG-FS)
- Selmer, Peter Rechtsverordnung und Verwaltungsvorschrift
VerwArch 59 (1968), S. 114 - 145
- Sendler, Horst Normenflut und Richter
ZRP 1979, S. 227 - 232
- ders., Möglichkeiten zur Beschleunigung des verwal-
tungsgerichtlichen Verfahrens - Zur "haus-
gemachten" Überlastung der Verwaltungsgerichte
DVBL 1982, S. 923 - 933
- ders., Ist das Umweltrecht normierbar?
UPR 1981, S. 1 - 14
- ders., Guter Rechtsschutz und Verfahrensbeschleuni-
gung
DVBL 1982, S. 812 - 820
- ders., Grundprobleme des Umweltrechts
JUS 1983, S. 255 - 260
- ders., Zum Instanzenzug in der Verwaltungsgerichts-
barkeit
DVBL 1982, S. 157 - 165

- ders., Wer gefährdet wen: Eigentum und Bestandschutz den Umweltschutz - oder umgekehrt?
UPR 1983, S. 33 - 46
- Soell, Hermann Das Ermessen in der Eingriffsverwaltung
Heidelberg 1973
(zitiert: Soell, Ermessen)
- ders., Aktuelle Probleme und Tendenzen im Immissionsschutzrecht
ZRP 1980, S. 105 - 110
- ders., Der Grundsatz der wirtschaftlichen Vertretbarkeit im Bundes-Immissionsschutzgesetz
Recht und Staat Heft 496/497, S. 3 - 39
Tübingen 1980
(zitiert: Soell, wirtschaftliche Vertretbarkeit)
- Sommer, Wolf-Eckart Aufgaben und Grenzen richterlicher Kontrolle atomrechtlicher Genehmigungen
Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe
Band 156
Heidelberg 1983
(zitiert: Sommer, Aufgaben und Grenzen)
- ders., Praktische Vernunft beim kritischen Reaktor
DÖV 1981, S. 654 - 660
- Starck, Christian Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung
VVDStRL 34 (1976), S. 44 - 93
- Steiger, Heinhard Umweltschutz durch planende Gestaltung
ZRP 1971, S. 133 - 139
- Stelkens, Paul Zu einigen neuen Verfahrensvorschriften für die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Entwurf einer Verwaltungsprozeßordnung
DVBL 1979, S. 544 - 548
- Stellungnahme Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes (zur Entlastung der Gerichte in der Verwaltungs- und Finanzgerichtsbarkeit) sowie zur Änderung der Verwaltungsgerichtsordnung, in:
Anlage zum Protokoll über die 28. Sitzung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages vom 20.06.1984
mit Beiträgen von:
Albers
Bund Deutscher Verwaltungsrichter
Bundesverband der Deutschen Industrie e.V.
Der Hessische Minister der Justiz
Deutscher Anwaltsverein e.V.
Deutscher Richterbund
Deutscher Städtetag

- Fachgruppe Richter und Staatsanwälte in der
Gewerkschaft ÖTV
Justizministerium Baden-Württemberg
Schily/Becker/Geulen
Schmidt, Johann
Schwarz
Sandler
Stubbe
Ule
(zitiert: z.B. Albers, Stellungnahme ...)
- Stern, Klaus Verwaltungsprozessuale Probleme in der
öffentlich-rechtlichen Arbeit
5. Auflage
München 1981
(zitiert: Stern, verwaltungsprozessuale
Probleme)
- ders., Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland
Band I
2. Auflage
München 1984
(zitiert: Stern, Staatsrecht)
- Steuer, Robert Flurbereinigungsgesetz
Kommentar
2. Auflage
München Berlin 1967
- Stich, Rudolf Probleme komplexer Genehmigungsverfahren,
insbesondere im Hinblick auf die Standorte
größerer Industrieanlagen
WUV 1979, S. 111 - 128
- Stich, Rudolf, Porger,
Karl Wilhelm Immissionsschutzrecht des Bundes und der
Länder
Band 1
Stuttgart Berlin Köln Mainz Stand: 1983
- Stiebens, Heinz-Jürgen Übernahme der Sondervorschriften der Flur-
bereinigungsgerichtsbarkeit in ein kommendes
gemeinsames Prozeßrecht der öffentlich-
rechtlichen Gerichtsbarkeiten
DVBL 1971, S. 98 - 103
- ders., Die Flurbereinigungsgerichtsbarkeit
RdL 1972, S. 29 - 33
- Stober, Rolf Die besondere Gerichtsentscheidung: Immis-
sionsschutz und Verwaltungsprozeß
BVerwG DöV 1978, S. 559
VR 1979, S. 24 - 25
- ders., Die besondere Gerichtsentscheidung:
OVG Münster NJW 1976, S. 2360
SKV 1977, S. 82 - 83

- ders., Wirtschaftsverwaltungsrecht
3. Auflage
Stuttgart Berlin Köln Mainz 1984
(zitiert: Stober, Wirtschaftsverwaltungsrecht)
- Storm, Peter-Christoph Umweltrecht
Berlin 1980
- Stüer, Bernhard Zum autonomen (kontrollfreien) Gestaltungs-
raum von Gesetzgeber und Verwaltung
DVBL 1974, S. 314 - 321
- Tandler, Gerold Stand und Bedeutung der Verwaltungsrechts-
pflege
BayVBL 1980, S. 129 - 131
- Tettinger, Peter J. Überlegungen zu einem administrativen
"Prognosespielraum"
DVBL 1982, S. 421 - 433
- ders., Rechtsanwendung und gerichtliche Kontrolle
im Wirtschaftsverwaltungsrecht
Studien zum öffentlichen Recht und zur Ver-
waltungslehre
Band 24
München 1980
(zitiert: Tettinger, Rechtsanwendung)
- Thomas, Joachim Die wirtschaftliche Vertretbarkeit nach dem
Bundes-Immissionsschutzgesetz
WUV 1980, S. 244 - 265
- Ule, Carl Hermann Rechtstatsachen zur Dauer des Verwaltungs-
(Finanz) Prozesses
Schriftenreihe der Hochschule Speyer
Band 69
Berlin 1977
(zitiert: Ule, Rechtstatsachen)
- ders., Umweltschutz im Verfassungs- und Verwal-
tungsrecht
DVBL 1972, S. 437 - 446
- ders., Vor einer einheitlichen Verwaltungsprozeß-
ordnung?
DVBL 1981, S. 363 - 368
- ders., Verfassungsrecht und Verwaltungsprozeßrecht
DVBL 1959, S. 537 - 545
- ders., Die Erste Novelle zum Bundes-Immissionsschutz-
gesetz
BB 1976, S. 849 - 851
- ders., Bundesimmissionsschutzgesetz
Kommentar/Rechtsvorschriften
Heidelberg Stand: 1983

- | | |
|---|---|
| ders., | Verwaltungsverfahrensgesetze des Auslands
Berlin 1967
(zitiert: Ule, Verwaltungsverfahrensgesetze) |
| ders., | Die zweite Tatsacheninstanz in der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Licht der Rechtstatsachenforschung
DVBL 1983, S. 440 - 446 |
| ders., | 25 Jahre Bundesverfassungsgericht
DVBL 1978, S. 553 - 562 |
| ders., | Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht, in:
Gedächtnisschrift für Walter Jellinek
S. 309 - 330
Tübingen 1955
(zitiert: Ule, Jellinek-Gedächtnisschrift) |
| ders., | Die Bindung der Verwaltungsgerichte an die Immissionswerte der TA-Luft
BB 1976, S. 446 - 447 |
| ders., | Erstinstanzliche Zuständigkeit der Oberverwaltungsgerichte für Rechtsstreitigkeiten über die Genehmigung von Großvorhaben?
WUV 1983, S. 23 - 39 |
| ders., | Effektiver Rechtsschutz in einer funktionsfähigen Rechtspflege
DVBL 1982, S. 821 - 831 |
| ders., | Bundes-Immissionsschutzgesetz und Vertretbarkeitslehre
WUV 1977, S. 80 - 94 |
| ders., | Unbestimmte Begriffe und Ermessen im Umweltschutzrecht
DVBL 1973, S. 756 - 763 |
| ders., | Verwaltungsprozeßrecht
8. Auflage
München 1983 |
| Ule, Carl Hermann, Laubinger, Hans-Werner | Empfehlen sich unter dem Gesichtspunkt der Gewährleistung notwendigen Umweltschutzes ergänzende Regelungen im Verwaltungsverfahren- und Verwaltungsprozeßrecht, in:
Verhandlungen des 52. Deutschen Juristentages
Band I, B 7 - B 106 (Gutachten)
München 1978 |
| Vallendar, Willi | Anmerkung zu BVerwG v. 17.02.1978
DÖV 1978, S. 564 - 566 |

- ders., Ermittlung und Beurteilung von Immissionen nach der TA-Luft - Statistische Methoden als Problem des Untersuchungsgrundsatzes - GewArch 1981, S. 281 - 287
- Varrentrapp, Eberhard Die Stellung der gerichtlichen Sachverständigen
DRIZ 1969, S. 351 - 353
- Vogel, Wolfgang Die amerikanische Atomenergie-Kommission
Göttingen 1971
(zitiert: Vogel, Die AEC)
- Vogel, Klaus Gesetzgeber und Verwaltung
VVDStRL 24 (1966), S. 125 - 179
- Voigt, Roland Die Rechtsformen staatlicher Pläne
Schriften zum Wirtschaftsverfassungs- und
Wirtschaftsverwaltungsrecht
Band 18
Hamburg 1979
(zitiert: Voigt, Rechtsformen)
- Wagner, Hellmut Neue Formen administrativer Entscheidungen bei umweltrelevanten Großanlagen?
ZRP 1982, S. 103 - 106
- ders., Schadensvorsorge bei der Genehmigung umweltrelevanter Großanlagen
DÖV 1980, S. 269 - 279
- ders., Untätigkeit des Gesetzgebers im Zusammenhang mit der Errichtung von Kernkraftwerken?
DVBL 1978, S. 839 - 843
- ders., Rechtliche Relevanz der Aussagen wissenschaftlich-technischer Sachverständiger bei der Genehmigung großtechnischer Anlagen
BB 1982, S. 210 - 216
- ders., Die Risiken von Wissenschaft und Technik als Rechtsproblem
NJW 1980, S. 665 - 672
- Wagner, Hellmut, Nobbe, Uwe Sachverständige im Kreuzfeuer - Zur Beteiligung von Sachverständigen in umweltrelevanten Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsverfahren
ZfU 1980, S. 509 - 536
- Wahl, Rainer Genehmigung und Planungsentscheidung
DVBL 1982, S. 51 - 62
- Waltner, Georg Die gerichtliche Überprüfbarkeit von Verwaltungsentscheidungen im Rahmen des sogenannten "Beurteilungsspielraums"
Dissertation
München 1968
(zitiert: Waltner, Überprüfbarkeit)

- Wegener, Gerhard Die Bedeutung des Planungsermessens
Die Verwaltung 14 (1977), S. 305 - 328
- Weigel, Hanns Jürgen Beurteilungsspielraum oder Delegationsbegriff?
Frankfurt 1971
(zitiert: Weigel, Beurteilungsspielraum)
- Weitzel, Jürgen Anpassung, Konkretisierung und Ermessen im
Planungsrecht
DÖV 1971, S. 842 - 849
- Wendt, Rudolf Rechtsfragen des Genehmigungsverfahrens von
Kraftwerken
DVBL 1978, S. 42 - 44
- Wenz, Edgar Michael Der "Science Court" - und er nützt doch!
WUW 1978, Heft 4, S. 2 - 5
- Werner, Fritz Zur Kritik an der Verwaltungsgerichtsbarkeit
DVBL 1957, S. 221 - 227
- Weyreuther, Felix Über die Rechtsnatur und die Rechtswirkung
von Verwaltungsvorschriften
DVBL 1976, S. 853 - 858
- ders., Umweltschutz und öffentliche Planung
UPR 1981, S. 33 - 41
- ders., Die Bedeutung des Eigentums als abwägungs-
erheblicher Belang bei der Planfeststellung
nach dem Bundesfernstraßengesetz
DÖV 1977, S. 419 - 426
- ders., Rechtliche Bindung und gerichtliche Kontrolle
planender Verwaltung im Bereich des Boden-
rechts
BauR 1977, S. 293 - 309
- Wiedemann, H. Ermessen, Beurteilungsspielraum und Beweis-
lastverteilung im atomrechtlichen Genehmi-
gungsverfahren, in:
Erstes Deutsches Atomrechts-Symposium
Schriftenreihe Recht-Technik-Wirtschaft
S. 269 - 289
Köln Berlin Bonn München 1973
(zitiert: Wiedemann, Ermessen)
- Winkler-v. Mohrenfels, Peter Errichtung und Betrieb von Kernkraftwerken
ZRP 1980, S. 86 - 90
- Winters, Karl-Peter Zur Entwicklung des Atom- und Strahlenschutz-
rechts
DÖV 1978, S. 265 - 276
- Woehrling, Jean-Marie Die französische Verwaltungsgerichtsbarkeit
im Vergleich mit der deutschen
NVwZ 1985, S. 21 - 26

- | | |
|------------------------------|---|
| Wolff, Hans J., Bachof, Otto | Verwaltungsrecht I
9. Auflage
München 1974 |
| Ziegler, Artur | Das Bundes-Immissionsschutzgesetz
GewArch 1974, S. 112 - 115 |
| Zippelius, Reinhold | Einführung in die juristische Methodenlehre
3. Auflage
München 1980 |

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

Hinsichtlich der hier nicht aufgeführten Abkürzungen wird verwiesen auf:

Kirchner, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache

2. Auflage

Berlin 1968

Allg. VerwR	-	Allgemeines Verwaltungsrecht
AnwBL	-	Anwaltsblatt
AöR	-	Archiv des öffentlichen Rechts Tübingen
atw	-	atomwirtschaft
BauR	-	Baurecht
BayVBL	-	Bayerische Verwaltungsblätter
BayVGH	-	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
BB	-	Betriebsberater
BDI	-	Bundesverband der Deutschen Industrie
BDVR	-	Bund Deutscher Verwaltungsrichter
BImSchG	-	Bundesimmissionsschutzgesetz
BImSchVO	-	Bundesimmissionsschutzverordnung
BVerfG	-	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	-	Entscheidungssammlung des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	-	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	-	Entscheidungssammlung des Bundesverwaltungsgerichts
DAV	-	Deutscher Anwaltsverein
DIN	-	Deutsches Institut für Normung e.V.
DJT	-	Deutscher Juristentag
DÖV	-	Die Öffentliche Verwaltung
DRB	-	Deutscher Richterbund
DRIZ	-	Deutsche Richterzeitung
DVBL	-	Deutsches Verwaltungsblatt
Einl.	-	Einleitung
ÉT	-	Energiewirtschaftliche Tagesfragen
EVwPO	-	Entwurf einer Verwaltungsprozeßordnung
FlurbG	-	Flurbereinigungsgesetz
Fn	-	Fußnote
FS	-	Festschrift
GewArch	-	Gewerbearchiv
GewO	-	Gewerbeordnung

GG	- Grundgesetz
GVG	- Gerichtsverfassungsgesetz
JA	- Juristische Arbeitsblätter
JUS	- Juristische Schulung
JZ	- Juristen-Zeitung
MIK	- Maximale Immissionskonzentration
NJW	- Neue Juristische Wochenschrift
NVwZ	- Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
OVG	- Oberverwaltungsgericht
OVGE	- Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte Münster und Lüneburg
PatG	- Patentgesetz
RdE	- Recht der Elektrizitätswirtschaft
RdL	- Recht der Landwirtschaft
Rn	- Randnummer
RuP	- Recht und Politik
RuS	- Recht und Staat
SchLHA	- Schleswig-Holsteinische Anzeigen
SKV	- Staats- und Kommunalverwaltung
StaatsR	- Staatsrecht
TA-Luft/Lärm	- Technische Anleitung Luft/Lärm
UPR	- Umwelt- und Planungsrecht
VEnergR	- Veröffentlichungen des Instituts für Energie- recht an der Universität Köln
VerwArch	- Verwaltungsarchiv
VerwR	- Verwaltungsrecht
VG	- Verwaltungsgericht
VGH	- Verwaltungsgerichtshof
VR	- Verwaltungsrundschau
VVDStRL	- Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	- Verwaltungsgerichtsordnung
WUV	- Wirtschaft und Verwaltung
WUW	- Wirtschaft und Wissenschaft
WVR	- Wirtschaftsverwaltungsrecht
ZfU	- Zeitschrift für Umweltpolitik
ZHR	- Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht
ZRP	- Zeitschrift für Rechtspolitik

INHALTSVERZEICHNIS

Seite

Einleitung: Problemanalyse und Fragestellung

§ 1 Hintergrund und Problematik	1
I. Die derzeit bestehenden Schwierigkeiten bei der Realisierung umweltrelevanter Großvorhaben nach dem BImSchG	2
1. Die verwaltungsgerichtliche Kontrolldichte bei komplexen Sachverhalten	2
2. Die überlange Verfahrensdauer und die Belastung der Verwaltungsgerichtsbarkeit	3
II. Die bisherige Kontrollpraxis der Verwaltungsgerichte im Immissionsschutzrecht	6
III. Kritik an der bisherigen Rechtsprechung	10
IV. Tendenzen in der neueren Rechtsprechung	12
1. Die Brokdorf-Entscheidung des Verwaltungsgerichts Schleswig	12
2. Der Beschluß des Bayerischen Verwaltungsgerichts in Sachen Pharmachemie GmbH	13
3. Der Kalkar-Beschluß des Bundesverfassungsgerichts	14
4. Die neueste Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum Immissionsschutzrecht	14
§ 2 Problemstellung und Ziel der Untersuchung	15
I. Kontrollrestriktion über die materiellen Immissionsschutzbestimmungen de lege lata und de lege ferenda	15
II. Kontrollrestriktion über die verwaltungsgerichtlichen Bestimmungen de lege lata und de lege ferenda	16
§ 3 Gang der Darstellung	16
<u>Erster Hauptteil:</u>	19
<u>Kontrolle nach Maßgabe des materiellen Immissionsschutzrechts</u>	
<u>Erster Abschnitt:</u>	19
<u>Möglichkeiten der Kontrollrestriktion auf der Grundlage des geltenden Immissionsschutzrechts</u>	

	<u>Seite</u>
§ 4 Die Kontrolldichte im Immissionsschutzrecht als allgemeines verwaltungsrechtliches Problem mit besonderen Auswirkungen	19
§ 5 Die Genehmigungsvoraussetzungen der §§ 4 f. BImSchG und das Problem ihrer dogmatischen Einordnung unter dem Aspekt der Kontrolldichte	20
I. Die Voraussetzungen für die Erteilung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung	20
II. Probleme bei der dogmatischen Einordnung der Genehmigungsvoraussetzungen	21
1. Unterscheidung zwischen Tatbestands- und Rechtsfolge	22
2. Einordnung der Genehmigungsvoraussetzungen des § 6 BImSchG in die Kategorien Ermessen - unbestimmter Gesetzesbegriff	23
3. Auswirkungen der Einordnung auf die verwaltungsgerichtliche Kontrolldichte	24
a) Gleichsetzung von Ermessen und unbestimmtem Gesetzesbegriff?	25
b) Kontrolldichte bei strikter Trennung von Ermessen und unbestimmtem Gesetzesbegriff	29
§ 6 Ansätze zur Kontrollrestriktion im Immissionsschutzrecht	30
I. Die Vertretbarkeitslehre (Ule u.a.)	30
1. Grundlagen	30
2. Kritische Würdigung	32
a) Mehrere rechtlich vertretbare Entscheidungen bei der Subsumtion als zweifelhaftes Kriterium	32
b) Der Sachverstand der Behörde als ungeeignetes Begründungselement	33
c) Die Beschränkung der Anwendbarkeit auf Grenzfälle	34
II. Die Lehre vom Beurteilungsspielraum (Bachof)	34
1. Grundlagen	35
a) Strikte Trennung von Auslegung und Subsumtion	35
b) Abgrenzung der Wert- von den Erfahrungsbegriffen	35
2. Übertragbarkeit auf das Immissionsschutzrecht	36

	<u>Seite</u>
III. Die Lehre vom Beurteilungsspielraum kraft Natur der Sache (Fiedler, Wagner u.a.)	39
1. Kompetenz aus Sachnähe als Begründungselement?	40
2. Kritische Würdigung	41
a) Der Wille des Gesetzgebers	41
b) Sonstige Anhaltspunkte für eine Kompetenzbegründung	42
c) Kontrollbegrenzung auf die Einhaltung des Verfahrensrechts?	44
3. Natürliche Grenzen richterlicher Erkenntnisfähigkeit als Begründungselement?	44
4. Kritische Würdigung	46
IV. Eigener Standpunkt:	48
1. Einräumung einer Entscheidungsprärogative durch prognostische Elemente in den Genehmigungsvoraussetzungen	48
a) Der prognostische Charakter der immissionschutzrechtlichen Genehmigung	48
b) Die bisherige Behandlung von Prognoseentscheidungen in Rechtsprechung und Literatur unter dem Aspekt der Kontrolldichte	49
aa) Überblick über die Literatur	49
(1) Grundlagen	49
(2) Kritische Würdigung	52
(a) Die funktionsgerechte Organstruktur und der Gewaltenteilungsgrundsatz als ungeeignete Begründungselemente	52
(b) Unvereinbarkeit mit Art. 19 Abs. 4 GG	53
(c) Die Gefahr des Verlustes der Rechtsfortbildung	55
(d) Der untaugliche Gedanke der "Natur der Sache"	56
bb) Beispiele aus der Rechtsprechung	57
cc) Zusammenfassung	59
c) Die Sondernatur von Prognosen und die normspezifische Struktur von Prognoseermächtigungen als Anhaltspunkt für eine Entscheidungsprärogative	60

	<u>Seite</u>
aa) Wesensmerkmale von Prognosen	60
bb) Die normspezifische Struktur der immissionschutzrechtlichen Genehmigung	62
(1) Das Prinzip der Gefahrenabwehr (§ 5 Nr. 1 BImSchG)	62
(a) Der Gefahrenbegriff des Immissionschutzrechts	63
(b) Die Wahrscheinlichkeitsprognose und der Wahrscheinlichkeitsgrad	66
(c) Die Bedeutung von TA-Luft und TA-Lärm	67
(d) Zwischenergebnis zum Gefahrenabwehrprinzip	71
(2) Das Prinzip der Gefahrenvorsorge (§ 5 Nr. 2 BImSchG)	72
(a) Der Vorsorgebegriff des Immissionschutzrechts	73
(b) Die Funktion der Vorsorge	74
(c) Die Prognoseelemente des § 5 Nr. 2 BImSchG	76
(d) Die Bedeutung des Standes der Technik	77
(e) Zwischenergebnis	81
d) Auswirkungen auf die verwaltungsgerichtliche Kontrolldichte	82
aa) Das Vorliegen prognostischer Züge als Indiz für verwaltungsbehördliche Entscheidungsvorrechte	82
bb) Weitere sachstrukturelle Anhaltspunkte	83
(1) Der Gedanke der wertenden und unvertretbaren gremiengebundenen Entscheidung als Anhaltspunkt für ein behördliches Entscheidungsvorrecht	83
(2) § 48 BImSchG als gesetzgeberischer Hinweis auf eine Entscheidungsprärogative	84
(a) Entstehungsgeschichte der Vorschrift	85
(b) Wortlaut der Vorschrift	94
(c) Sinn und Zweck der Vorschrift	94
(d) Zwischenergebnis: verbindliche Konkretisierungsbefugnis der Exekutive	97

	<u>Seite</u>
cc) Umfang der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle nach Maßgabe einer "abgeschwächten Vertretbarkeitslehre"	97
e) Vereinbarkeit einer Bindungswirkung von TA-Luft und TA-Lärm mit Art. 80 GG	100
f) Vereinbarkeit der abgeschwächten Vertretbarkeitslehre mit Art. 19 Abs. 4 GG	106
g) Zwischenergebnis	108
2. Einräumung einer Entscheidungsprärogative durch planerische Elemente in den Genehmigungsvoraussetzungen	109
a) Die Struktur und Aufgabe planungsrechtlicher Normen	109
b) Der Umfang der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle im Bereich des Planungsrechts	111
c) Der Vorsorgegrundsatz des § 5 Nr. 2 BImSchG als Ausdruck planerischer Gestaltungsfreiheit?	112
aa) Die Auffassungen in der Literatur	112
bb) Die Auffassungen in der Rechtsprechung	116
cc) Eigener Standpunkt	116
(1) Entstehungsgeschichte der Vorschrift	117
(2) Wortlaut der Vorschrift	120
(3) Sinn und Zweck der Vorschrift	120
(4) Systematische Überlegungen	121
(5) Zwischenergebnis	121
d) Schlußfolgerung hinsichtlich der planerischen Gestaltungsfreiheit	122
V. Ergebnis zu § 6	125
<u>Zweiter Abschnitt:</u>	127
<u>Möglichkeiten der Kontrollrestriktion auf der Grundlage des materiellen Immissionsschutzrechts de lege ferenda</u>	
§ 7 Der Zusammenhang zwischen verwaltungsgerichtlicher Kontrolle und Gestaltung des materiellen Immissionsschutzrechts	127
§ 8 Überlegungen zu einer Umstrukturierung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung	127

	<u>Seite</u>
I. Das sog. "Kartellgesetz-Modell"	127
1. Die normspezifische Struktur des § 70 Abs. 5 GWB	128
2. Übertragbarkeit des Kartellgesetz-Modells auf das Immissionsschutzrecht	129
II. Die Einführung einer gremiengebundenen Unbedenklichkeitsbescheinigung	131
1. Die Auffassung der Rechtsprechung und der herrschenden Literatur zur Entscheidungsprärogative als Ausgangspunkt	131
2. Theoretisch notwendige gesetzliche Modifikationen	134
3. Auswirkungen einer Novellierung auf die verwaltungsgerichtliche Kontrolldichte	137
4. Bedenken gegen die vorgeschlagene Lösung	138
a) Verfassungsrechtliche Bedenken	138
aa) Der Grundsatz der Gewaltenteilung	138
bb) Das Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip	140
cc) Die Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG	141
b) Rechts- und Verfassungspolitische Bedenken	142
c) Praktische Bedenken	143
5. Ergebnis	144
§ 9 Überlegungen zu einer Beschränkung der Kontrolle auf die Einhaltung des Verfahrensrechts	144
I. Tendenzen in Rechtsprechung und Literatur	145
II. Kontrollrestriktion nach dem Vorbild amerikanischer Verwaltungskontrollen?	147
1. Grundlagen des Amerikanischen Verwaltungsrechts	147
a) Die besondere Bedeutung der "due process of law"-Klausel	148
b) Das Verfahren vor den amerikanischen Verwaltungsbehörden	149
c) Die finale Struktur amerikanischer Verwaltungsgesetze	151
2. Der Umfang der gerichtlichen Kontrolle verwaltungsbehördlicher Entscheidungen im amerikanischen Recht	152

	<u>Seite</u>
a) Die Bindung der Gerichte an die tatsächlichen Feststellungen der Verwaltungsbehörde	152
b) Die Behandlung sog. "unbestimmter Gesetzesbegriffe" durch die Gerichte	154
3. Übertragbarkeit des Modells amerikanischer Verwaltungskontrollen auf die Kontrolle der Genehmigung nach § 6 BImSchG	156
 <u>Zweiter Hauptteil:</u>	 158
<u>Kontrolle nach Maßgabe der Verwaltungsgerichtsordnung</u>	
 <u>Erster Abschnitt:</u>	 158
<u>Möglichkeiten der Kontrollrestriktion auf der Grundlage der geltenden Bestimmungen der VwGO</u>	
 § 10 Die Regelungen der VwGO als Mitursache für die überlange Verfahrensdauer und die Belastung der Verwaltungsgerichtsbarkeit	 158
I. Die derzeitige Belastung der Verwaltungsgerichtsbarkeit bei der Kontrolle technischer Großprojekte	158
II. Einzelaspekte aus dem Bereich der VwGO als Ursache für die Verfahrensdauer und die Belastung	160
 § 11 Ansätze zur Kontrollrestriktion bei der Überprüfung der Genehmigung nach § 6 BImSchG	 161
I. Kontrollrestriktion im Wege des "judicial self-restraint"?	162
1. Überblick über die wesentlichen Argumente	162
2. Kritik und eigener Standpunkt	164
II. Verfahrensbeschleunigung durch Zurückweisung verspäteten Vorbringens?	166
III. Prozessuale Beschleunigungspflichten?	167
IV. Sonstige Möglichkeiten auf der Grundlage des geltenden Rechts	168

	<u>Seite</u>
<u>Zweiter Abschnitt</u>	169
<u>Möglichkeiten der Kontrollrestriktion im Bereich der VwGO de lege ferenda</u>	
§ 12 Verfassungsgerichtliche Zuständigkeit für umweltrelevante Großvorhaben nach dem BImSchG?	169
§ 13 Veränderung des Instanzenzuges in der Verwaltungsgerichtsbarkeit	172
I. Überblick über die gesetzgeberischen Aktivitäten: Zulassungsberufung und Erweiterung der erstinstanzlichen Zuständigkeit der Oberverwaltungsgerichte	172
II. Diskussionsstand zur Frage der Zuständigkeits-erweiterung und Instanzenverkürzung	177
III. Eigener Standpunkt	179
1. Verfassungsrechtliche Ausgangslage	179
2. Rechtstatsachen über die Bedeutung der zweiten Instanz in der Verwaltungsgerichtsbarkeit	180
3. Gründe für und gegen eine zweite Tatsacheninstanz	184
a) Die Prozeßdauer und das Gebot der Effektivität des Rechtsschutzes	184
b) Das Flurbereinigungsgerichtsmodell als Vorbild?	188
c) Der Modellcharakter der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle	191
d) Die Bedeutung des verwaltungsbehördlichen Vorverfahrens	192
e) Der Gedanke der übergreifenden Bedeutung umweltrelevanter Großvorhaben	194
f) Ergebnis	195
§ 14 Kontrolle der Genehmigung nach § 6 BImSchG durch "sachverständige Richter" oder "Technologiekammern"	196
I. Die besondere Bedeutung von Sachverständigen in Verfahren um umweltrelevante Großvorhaben	196
II. Besetzung der Verwaltungsgerichte mit sachverständigen Richtern	198
III. Einführung sog. Technologiekammern	201
<u>Dritter Hauptteil:</u>	203
§ 15 Gesamtergebnisse	203 f.

Einleitung: Problemanalyse und Fragestellung

§ 1 Hintergrund und Problematik

Ein Blick auf die Literatur¹⁾ und Rechtsprechung²⁾ der letzten Jahre zeigt, daß die Verwaltungsgerichtsbarkeit tiefgreifende Veränderungen erfahren hat.

Die Ursache dafür liegt vornehmlich im Bereich der sogenannten "umweltrelevanten Großvorhaben", mit denen die Verwaltungsgerichte zunehmend konfrontiert werden³⁾. Das Genehmigungsverfahren für derartige Vorhaben wie etwa Kraftwerke, Flughäfen oder Verkehrsanlagen hat regelmäßig hochkomplexe Verwaltungsentscheidungen zum Gegenstand. Dementsprechend komplex ist auch die verwaltungsgerichtliche Kontrolle solcher Genehmigungen, die größtenteils mit juristischem Sachverstand allein nicht mehr zu bewältigen ist.

Umweltrelevante Großvorhaben weisen häufig eine Vielzahl von Betroffenen auf und machen den Verwaltungsrichter zu einer Schlüsselfigur staatlicher Umweltgestaltung. Er entscheidet darüber, ob schädliche Umwelteinwirkungen und ähnlich schillernde Genehmigungsvoraussetzungen vorliegen und beeinflußt damit in erheblichem Maße die Position sowohl der investitionswilligen Anlagenbetreiber als auch der Kläger⁴⁾.

Trotz des Gewichts, das Streitigkeiten um Kernkraftwerke in den letzten Jahren erlangt haben, überwiegen nach den Aussagen erfahrener Praktiker rein zahlenmäßig die Auseinandersetzungen um sonstige Industrieanlagen im Sinne der 4. Bundes-Immissionsschutzverordnung (BImSchVO)⁵⁾. Die Darstellung beschränkt sich daher im wesentlichen auf das BImSchG, das insoweit aber auch für andere Bereiche exemplarischen Charakter hat.

1) Sendler, DVBL 1982, S. 923; Hofmann, UPR 1984, S. 73; Johann Schmidt, BayVBL 1980, S. 737; Hill, JZ 1981, S. 805; Klopfer, JZ 1979, S. 209; vgl. allgemein auch Kopp, WUV 1983, S. 1 f.

2) vgl. etwa BVerwG, DVBL 1978, S. 592 (Fall-Voerde); OVG Münster, DVBL 1976, S. 793 (Fall-Voerde, 2. Instanz); OVG Hamburg, DVBL 1975, S. 207 (Fall-Reynolds)

3) vgl. hierzu Kopp, UPR 1982, S. 44; Lerche, BayVBL 1980, S. 257; Feldhaus, UPR 1982, S. 137; Sendler, JUS 1983, S. 260; Kuhnt in: 5. Deutsche Atomrechts-Symposium, S. 33; Kutscheidt in: 6. Deutsches Atomrechts-Symposium, S. 71

4) vgl. auch Stich, WUV 1979, S. 117, der auf das Bewußtsein umfassender Abwehrmöglichkeiten hinweist

5) vgl. aus der Sicht des Praktikers etwa Kuhnt, Bitburger Gespräche, S. 101

I. Die derzeit bestehenden Schwierigkeiten bei der Realisierung umwelt-relevanter Großvorhaben nach dem BImSchG

1. Die verwaltungsgerichtliche Kontrolldichte bei komplexen Sachverhalten

Die Konfrontation der Verwaltungsgerichte mit Großvorhaben hat in den letzten Jahren zu einer Reihe von Folgeerscheinungen geführt, die sowohl von den betroffenen Verwaltungsrichtern als auch von den investitionswilligen Anlagenbetreibern als ausgesprochen mißlich empfunden werden.

Zentrale Probleme ergeben sich aus den immer größer werdenden Anforderungen an die Richter in sachlicher Hinsicht. Bei der Beurteilung der Genehmigung von immissionsträchtigen Anlagen werden den Richtern häufig technische Prognosen aus dem Bereich des Sicherheitsrechts zugemutet, die in aller Regel allein auf Grund der Lebenserfahrung kaum möglich sind¹⁾. Die Belastung zum Beispiel durch Luftschadstoffe unterliegt unberechenbaren Schwankungen. Man beobachtet Veränderungen, die vom jahreszeitlichen Klimawechsel, von der täglich oder stündlich sich drehenden Windrichtung und sonstigen vielfältigen meteorologischen Bedingungen abhängen. Andere Schwankungen der Immissionsbelastung resultieren aus den unterschiedlichen Laststufen, mit denen Großemittenten betrieben werden²⁾.

Entscheidungen können daher oftmals nur noch getroffen werden unter Heranziehung eines hohen, wechselnden, sich verändernden wissenschaftlichen Erkenntnisstandes in verschiedenen, überwiegend naturwissenschaftlichen Spezialbereichen.

Solange die Verwaltungsgerichte darüber entscheiden (müssen), ob z.B. Immissionen von Fluor oder Staub in einer bestimmten Konzentration und in einer bestimmten Umgebung mit vorgefundenen Nachbarnutzungen und Vorbelastungen durch andere Immissionen schädliche Umwelteinwirkungen im Sinne des § 5 Nr. 1 BImSchG hervorrufen³⁾, liegen die damit verbundenen Schwierigkeiten auf der Hand. Hinzu kommt, daß die Beschäftigung mit chemischen, biologischen und ähnlichen Fragen naturgemäß zeitintensiv ist und deshalb die Dauer des Prozesses erheblich beeinflusst⁴⁾.

1) So auch Ipsen, AöR 107 (1982), S. 259, 260; Feldhaus, UPR 1982, S. 138; Sellner, BauR 1980, S. 391; Kopp, UPR 1982, S. 44

2) das betont Vallendar, GewArch 1981, S. 281

3) so etwa OVG Hamburg, DVBL 1975, S. 207

4) in diesem Sinne Schenke, DöV 1982, S. 711: "Überdimensionaler Zeitaufwand"

Schließlich birgt der Zwang zur Beschäftigung mit vorwiegend naturwissenschaftlichen Spezialgebieten auch Risiken für die investitionswilligen Anlagenbetreiber, die das Ergebnis der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung oftmals kaum erahnen können.

2. Die überlange Verfahrensdauer und die Belastung der Verwaltungsgerichtsbarkeit

Die geschilderte Problematik wird durch die Tatsache verschärft, daß die Genehmigung immissionsträchtiger Anlagen schon seit geraumer Zeit nahezu ausnahmslos gerichtlich angefochten wird. Aktuellstes Beispiel ist der Fall des Kohlekraftwerks Buschhaus.

Technische Großprojekte weisen meist eine Vielzahl von Betroffenen auf und bedingen damit eine Vielzahl von Klägern. Demzufolge sind die Verwaltungsgerichte in jüngster Zeit einer bisher nicht dagewesenen Flut von Klagen und sonstigen Rechtsbehelfen ausgesetzt¹⁾.

Die Zahl der Eingänge bei den Verwaltungsgerichten stieg von 1970 bis 1975 im Durchschnitt um ca. 86 %, von 1975 bis 1976 nochmals um ca. 25 %²⁾.

Das hat einerseits zu einer hoffnungslosen Überlastung der Verwaltungsgerichte geführt, so daß mittlerweile sogar von einer "Ressource Recht"³⁾ gesprochen wird.

Andererseits haben investitionswillige Anlagenbetreiber regelmäßig ein langwieriges Verwaltungsverfahren nebst mehrstufigem Gerichtsverfahren sowie einer u.U. möglichen Verfassungsbeschwerde einzukalkulieren⁴⁾.

Ob und inwieweit sich dieser Befund allerdings - wie oft behauptet wird - auf das Risiko investitionswilliger Anlagenbetreiber auswirkt, läßt sich nicht so eindeutig beurteilen. Die Ansichten darüber klaffen weit auseinander und sind teilweise sehr undifferenziert.

1) vgl. dazu Papier, Die Stellung, S. 9

2) vgl. zu den Zahlen Sailer, BayVBL 1980, S. 273; Meyer-Ladewig, DVBL 1979, S. 539; allgemein auch Redeker, RuP 1981, S. 52; Ule, DVBL 1978, S. 561; vgl. auch die Presseerklärung des DRB in DRIZ Information 6/1981 I, 46

3) in diesem Sinne Redeker, RuP 1981, S. 52; Pfeiffer, ZRP 1981, S. 121; Benda, DRIZ 1979, S. 362; Presseerklärung des DRB in DRIZ Information 6/1981 I, 47: "Knappes Gut"

4) siehe dazu Ossenbühl, VEnergyR Bd. 41/42, S. 41; Kuhnt, Bitburger Gespräche 1981, S. 106; Hill, JZ 1981, S. 806; BT-Drucksache 10/171, S. 7 (zur geplanten Änderung der VwGO)

Nach Auffassung des Bundesrates¹⁾ hat die geschilderte Situation zur Folge, daß zwischen dem Zeitpunkt der Genehmigung eines Vorhabens und dem Zeitpunkt des rechtskräftigen Abschlusses des Verfahrens viele Jahre vergehen, in denen insbesondere im Energiebereich weitere Planungen erschwert und vorgesehene Investitionen blockiert werden. Diese Ansicht wird durch Stellungnahmen im Schrifttum unterstützt, in denen die unerträglich lange Verfahrensdauer als "allgemeine Meinung"²⁾ und Verwaltungsrichter als "Investitionsbremsen"³⁾ oder "Zivilisationszensoren"⁴⁾ bezeichnet werden.

Allerdings sind statistische Untersuchungen, die diesen Befund belegen können, so gut wie nicht vorhanden. Aufschlußreich ist lediglich eine Stellungnahme des Justizministeriums Baden-Württemberg zum Gesetzesentwurf des Bundesrates zur Veränderung der Verwaltungsgerichtsordnung vom 24.5.1984⁵⁾. Die Stellungnahme verdeutlicht, daß die Realisierung umweltrelevanter Großvorhaben recht unterschiedlich lange dauern kann, wie einige Beispiele belegen:

Kraftwerk Altbach

Dauer des Verwaltungsverfahrens:	3 Jahre
Dauer des Verfahrens beim Verwaltungsgericht:	7 Monate
insgesamt:	3 Jahre 7 Monate

Kraftwerk EVS Marbach III

Dauer des Verwaltungsverfahrens:	2 1/2 Jahre
Dauer des Verfahrens beim Verwaltungsgericht:	4 Jahre
Dauer des Verfahrens beim Verwaltungsgerichtshof:	2 1/2 Jahre
Dauer des Verfahrens beim Bundesverwaltungsgericht:	2 1/4 Jahre
insgesamt:	11 1/4 Jahre

1) vgl. BT-Drucksache 10/171, S. 7

2) Johann Schmidt, BayVBL 1980, S. 737; Ule, DVBL 1982, S. 821; Sendler, DVBL 1982, S. 157

3) so v. Holleben, GewArch 1977, S. 45

4) so Schoeck, ET 1977, S. 253

5) vgl. Justizministerium Baden-Württemberg, Stellungnahme S.9 f.; vgl. auch die Zahlen bei Römermann, UPR 1982, S. 373

Kraftwerk Heilbronn

Dauer des Verwaltungsverfahrens:	3 Jahre
Dauer des Verfahrens beim Verwaltungsgericht:	seit Juni 1982 anhängig (rechtskräftiger Abschluß nicht absehbar)

Demgegenüber hat Albers¹⁾ - allerdings für den Bereich des Atomrechts - unlängst nachgewiesen, daß die teilweise sehr lange Hauptverfahrensdauer bei Großvorhaben nicht unbedingt das Risiko investitionswilliger Anlagenbetreiber erhöhen muß. Die Untersuchung hat insbesondere gezeigt, daß das System des vorläufigen Rechtsschutzes in der Verwaltungsgerichtsordnung, das für den Baubeginn heutzutage allein ausschlaggebend ist²⁾, eine gute Gewähr dafür bietet, daß sich die - unbestritten - überlange Verfahrensdauer im Hauptsacheverfahren nicht auf den Zeitpunkt der Realisierung von Investitionsentscheidungen auswirkt³⁾.

Die Richtigkeit dieser Aussage wird auch durch Zahlen aus der Praxis belegt, denen die Ergebnisse von ca. 200 bis heute entschiedenen Kernkraftwerksverfahren zugrundeliegen⁴⁾.

Danach ergibt sich folgendes Bild:

Aussetzungsverfahren

1. Instanz:	1 - 6 Monate
2. Instanz:	3 - 12 Monate
insgesamt:	4 - 18 Monate

Hauptverfahren

1. Instanz:	1 - 3 Jahre
2. Instanz:	2 - 6 Jahre
3. Instanz:	2 - 3 Jahre
insgesamt:	5 - 12 Jahre

1) in DVBL 1983, S. 1039 f.

2) vgl. aber auch Wendt, DVBL 1978, S. 43

3) so Albers, Stellungnahme, S. 60; ihm folgend Ule, Stellungnahme, S. 23; zur Bedeutung des vorl. Rechtsschutzes vgl. auch Walter Schmidt, NJW 1978, S. 1771

4) so Stubbe, Stellungnahme, S. 106, 108 f.

Überträgt man die Überlegungen von Albers auf Anlagen im Sinne der 4. BImSchVO - was nahe liegt - so hat auch in diesem Bereich die Dauer der gerichtlichen Hauptverfahren für die Errichtung großtechnischer Anlagen, insbesondere für die Investitionsentscheidungen, nur untergeordnete Bedeutung.

Auch das ist allerdings nicht eindeutig. So geht beispielsweise der BDI in seiner Stellungnahme zur geplanten Erweiterung der erstinstanzlichen Zuständigkeit der Oberverwaltungsgerichte für umweltrelevante Großvorhaben davon aus, daß die erhebliche Zeitspanne der Rechtsunsicherheit auch nicht durch ein positiv verlaufendes Eilverfahren behoben werde¹⁾.

Im übrigen darf nicht verkannt werden, daß für den Projektträger, der eine Anlage auf Grund gerichtlich bestätigter Anordnung der sofortigen Vollziehung einer Genehmigung während des laufenden Gerichtsverfahrens errichtet, das Risiko besteht, daß die Genehmigung möglicherweise nach 5- bis 12-jähriger Hauptverfahrensdauer aufgehoben wird²⁾. Insofern bestehen sehr große Risiken, die bei der unerträglich langen Hauptverfahrensdauer während des Verfahrensverlaufs bestehen bleiben.

Zusammenfassend kann daher gesagt werden, daß die überlange Hauptverfahrensdauer in erheblichem Maße die Verwaltungsgerichtsbarkeit belastet und trotz des Systems des vorläufigen Rechtsschutzes Risiken für investitionswillige Anlagenbetreiber mit sich bringt.

II. Die bisherige Kontrollpraxis der Verwaltungsgerichte im Immissions-schutzrecht

Die bisherige Kontrollpraxis der Verwaltungsgerichte ist einerseits durch die bereits dargestellte Länge des Hauptverfahrens gekennzeichnet. Andererseits nehmen die Verwaltungsgerichte für sich in Anspruch, die Genehmigung nach § 6 BImSchG sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher Hinsicht umfassend zu prüfen³⁾.

Eine ausreichende Begründung für diese Ansicht wird meist nicht gegeben. Vielmehr lehnt die Rechtsprechung trotz der geschilderten Schwie-

1) vgl. dazu BDI, Stellungnahme, S. 50

2) dazu auch Niere, DVBL 1975, S. 175

3) vgl. nur BVerwG, DVBL 1978, S. 592; ebenfalls OVG Münster, DVBL 1976, S. 793; stillschweigend OVG Lüneburg, GewArch 1975, S. 304 und OVG Hamburg, DVBL 1975, S. 208; vgl. ferner VGH Baden-Württemberg, DÖV 1974, S. 707

rigkeiten eine Verringerung der Kontrolldichte mit der Begründung ab, die - für andere Bereiche anerkannten - Gesichtspunkte der Ermächtigung zu höchstpersönlichen, nicht nachvollziehbaren Beurteilungen und der sogenannten Vertretbarkeitslehre seien auf das Immissionsschutzrecht nicht anzuwenden¹⁾. Teilweise wird wie selbstverständlich ohne jede Begründung von einer vollinhaltlichen Überprüfbarkeit der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung ausgegangen²⁾.

Das hat zur Folge, daß die Rechtsprechung - ohne Anerkennung etwaiger Entscheidungsvorrechte der Genehmigungsbehörden - tief in naturwissenschaftliche Streitfragen eindringt und die Fallkonstellation letztlich alleine und abschließend beurteilt.

Diese umfassende Kontrolldichte im Immissionsschutzrecht bringt es mit sich, daß die Richter bei der Beurteilung komplexer Industrieanlagen hohen Anforderungen ausgesetzt sind.

Einige Beispiele mögen dazu beitragen, diesen Befund näher zu erhellen.

Bei der Genehmigung eines konventionellen Kraftwerks ist eine der zentralen Fragen, ob die Anlage nach der Inbetriebnahme keine schädlichen Umwelteinwirkungen hervorrufen kann. Dementsprechend sahen sich die Verwaltungsrichter im Fall des Steinkohlekraftwerks Voerde vor die Notwendigkeit gestellt zu entscheiden, ob die mit dem Betrieb des Kraftwerks verbundenen Luftverunreinigungen (Schwefeldioxyd, Staubkonzentration, Staubbiederschlag, Stickoxyde und Fluor) zusammen mit standortbedingten Vorbelastungen geeignet waren, schädliche Umwelteinwirkungen hervorzurufen³⁾.

Der Senat kam dabei zu dem Ergebnis, daß hinsichtlich der Hauptkomponente Schwefeldioxyd bereits jetzt unzulässige Langzeit- und Kurzzeitbelastungen vorlägen. Dieser Tatbestand sei besonders problematisch durch das gleichzeitige Auftreten von Schwebstoffen mit dem Anteil von Feinstaub. Der durch gleichzeitige Einwirkung von Feinstäuben erzeugte Mechanismus der

1) OVG Münster, DVBL 1976, S. 793; BVerwG, DVBL 1978, S. 592; allgemein zum Problem "Beurteilungsspielraum" vgl. BVerwGE 21, 130; 24, 33; 29, 280; BVerwG, DÖV 1956, S. 730

2) OVG Lüneburg, GewArch 1975, S. 304; OVG Hamburg, DVBL 1975, S. 208

3) so OVG Münster, DVBL 1976, S. 791; die Genehmigungspflicht für das Kraftwerk folgt aus § 2 Nr. 1 4. BImSchVO

Wirkungsverstärkung könne so erklärt werden, daß Staubteilchen das Schwefeldioxyd in die tieferen Lungenwege bis in den Bereich der Lungenbläschen (Alveolen) transportiere, während das reine Gas bereits an den Wandungen der Luftröhre weitgehend abgeschieden werde¹⁾.

Ähnlich wie im Fall Voerde fühlten sich die Verwaltungsrichter im Fall Reynolds²⁾ dazu verpflichtet, komplizierte chemische Fragen zu entscheiden. Im wesentlichen ging es um die Frage, ob der Betrieb eines Aluminiumwerks³⁾ geeignet war, schädliche Umwelteinwirkungen hervorzurufen. Der Antragsteller hatte geltend gemacht, der Betrieb der Aluminiumhütte beeinträchtige ihn durch Fluorimmissionen und schädige insbesondere die Kultur in seinem landwirtschaftlichen Betrieb⁴⁾.

Dazu führte der Senat im einzelnen aus:

"Wie bereits ausgeführt, spielt für die Beeinträchtigung von Pflanzen in erster Linie das gasförmige Fluor eine Rolle, das durch die Spaltöffnungen ins Blattinnere gelangt, während Fluor in Form fester Teilchen (Staub) weniger zu schädigenden Wirkungen führt. Von allen Organismen reagieren Pflanzen am empfindlichsten auf Fluorverbindungen. Es ist jedoch nicht möglich, allein aus einer bestimmten Immissionskonzentration von Fluor einen sicheren Schluß auf das Verhalten von Pflanzen zu ziehen; allenfalls Wahrscheinlichkeitsaussagen können gemacht werden. Dabei muß beachtet werden, daß dieselbe Fluorkonzentration nicht dieselben Auswirkungen auf Pflanzen hat, wenn sich andere Umweltfaktoren verändern, wie zum Beispiel Bodenverhältnisse, Wasserhaushalt, Nährstoffversorgung, Luftfeuchtigkeit, Tageszeit der Einwirkung, Entwicklungsstand der Pflanzen, Blattalter und andere Faktoren"⁵⁾.

Das gewählte Beispiel verdeutlicht die Komplexität der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle. Verstärkend kommt hinzu, daß die Entscheidung im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes erging und deshalb ohne größeren Zeitaufwand getroffen werden mußte.

1) OVG Münster, DVBL 1976, S. 796

2) OVG Hamburg, DVBL 1975, S. 208

3) die Genehmigungspflicht für das Aluminiumwerk folgt aus § 17b 4. BImSchVO

4) vgl. OVG Hamburg, DVBL 1975, S. 208

5) vgl. OVG Hamburg, aaO, S. 209

Schließlich sei noch der Dow-Chemical-Fall als Beispiel erwähnt¹⁾. Das OVG Lüneburg hatte zunächst im einstweiligen Rechtsschutzverfahren die Frage zu entscheiden, ob eine Chemieanlage schädliche Umwelteinwirkungen und Gefahren für die Allgemeinheit und Nachbarschaft mit sich bringt²⁾. Da eine exakte Messung der durch die einzelnen Chlorkohlenwasserstoffe hervorgerufenen Immissionen (zum Beispiel Dichlorethan-Immission auf Grund des vorhandenen Tankfeldes bzw. der vorhandenen Lösungsmittelfabrik) erhebliche Schwierigkeiten bereitete, führte das Gericht dazu aus: "Da es hier wesentlich um eine Abschätzung der erst nach der geplanten Inbetriebnahme in der Umgebung zu erwartenden durchschnittlichen Immissionswerte geht, erscheint³⁾ eine theoretische, auf Kontrollmessungen verzichtende Ausbreitungsrechnung, die auf den physikalischen Formeln der Gasdiffusion und Erfahrungswerten der meteorologischen Statistik beruht, als ausreichend⁴⁾".

Bei der Frage der Kostenverteilung mußten die Richter schließlich beurteilen, "daß das Sicherheitsgutachten des Sachverständigen Prof. Dr. B. so allgemein gehalten war, daß ihm nicht einmal entnommen werden konnte, welchen konkreten Stoff er bei der Berechnung der Auswirkungen einer Explosion zugrunde gelegt hatte"⁵⁾.

Später mußte sich das OVG Lüneburg im Beschwerdeverfahren erneut mit dem Komplex beschäftigen. Diesmal sah sich das Gericht veranlaßt, den Sachverständigen zu kritisieren, was folgende Stelle belegt:

"Offen bleiben muß ferner, ob das von dem Sachverständigen Prof. Dr. B. bei seiner Berechnung der Ausbreitung einer Chlorgaswolke zugrunde gelegte Ausbreitungsmodell den Eigenschaften des Chlorgases gerecht wird"⁶⁾.

1) vgl. OVG Lüneburg, DVBL 1977, S. 347 und OVG Lüneburg in OVGE 31, 342 f.; vgl. dazu aus der Literatur, Ossenbühl, VEnergR Bd. 41/42, S. 44 Fn 21 und Breuer, DVBL 1978, S. 599. -

Es handelt sich um zwei Entscheidungen des OVG Lüneburg zu unterschiedlichen Teilen einer Chemieanlage.

Ossenbühl meint den Fall in DVBL 1977, S. 347 = OVG Lüneburg, Beschluß v. 28.12.1978 - VII OVG B 78/75 -, Breuer bezieht sich dagegen auf beide Fälle. - Vgl. allgemein auch zu dem Problem Papier, Bitburger Gespräche 1981, S. 90, der Ossenbühls Beispiel aus der Rechtsprechung als "makabre Kostproben" bezeichnet.

2) Die Genehmigungspflicht für Chemieanlagen folgt aus § 2 Nr. 17 4. BImSchVO
3) eigene Hervorhebung

4) so OVG Lüneburg, OVGE 31, 347

5) vgl. OVG Lüneburg, OVGE 31, 357

6) vgl. OVG Lüneburg, DVBL 1977, S. 352

III. Kritik an der bisherigen Rechtsprechung

Die geschilderte Rechtsprechung ist in zunehmenderweise Kritik ausgesetzt. Es wird die Frage gestellt, ob die z. Zt. gehandhabte Gerichtspraxis unter dem Aspekt der Entscheidungsrichtigkeit, der Funktionsrichtigkeit, der Entscheidungsökonomie und der Kompetenz sinnvoll ist.

Problematisch erscheinen zunächst die extrem hohen Anforderungen an die Richter in der Sache und die damit korrespondierende Tatsache, daß letztverbindliche Entscheidungen des technischen Sicherheitsrechts von Juristen getroffen werden¹⁾.

Eng damit zusammen hängt das Problem der völligen Abhängigkeit der Juristen von den Aussagen sachverständiger Gutachter²⁾. Es kommt hinzu, daß diese Situation erhebliche Risiken für investitionswillige Anlagenbetreiber mit sich bringt, da die Gerichte aufgrund der umfassenden Kontrolldichte gerade im Bereich des technischen Sicherheitsrechts zu unterschiedlichen, nicht vorhersehbaren Entscheidungen kommen können³⁾.

Außerdem beeinflußte die hohe Kontrolldichte das zeitliche Ausmaß des Verfahrens, da der Zwang zur Beschäftigung mit naturwissenschaftlichen Fragen in erheblichem Maße Auswirkungen auf die Verfahrensdauer hat⁴⁾.

Als übergreifender Gesichtspunkt⁵⁾ wird das Verhältnis der Exekutive zur Legislative in Frage gestellt und das Problem aufgeworfen, ob Gerichte nicht durch ihren umfassenden Kontrollanspruch typische Verwaltungstätigkeit eliminierten und dabei eine problematische Entscheidung der Verwaltung durch eine noch problematischere eigene Entscheidung ersetzen⁶⁾.

1) so Hansmann, Referat zum 52. DJT, K 50; Marburger, Schadensvorsorge, S. 162; Fiedler, ET 1982, S. 582

2) so auch Breuer, NJW 1977, S. 1126

3) vgl. dazu Lukes, NJW 1978, S. 242 und zu den Auswirkungen der Voerde-Entscheidung auch Dienes, RdE 1979, S. 99, 104

4) darauf weist Lukes, technische Sachverhalte, S. 87, 88 hin

5) so auch Marburger, Regeln der Technik, S. 419, 420

6) vgl. dazu Fürst, atw 1981, S. 69; Schmitt Glaeser, Der Landkreis 1976, S. 447

Schließlich wird auf die - bedingt durch die Ausgestaltungen der Verwaltungsgerichtsordnung - zeitlichen Verzögerungen hingewiesen und kritisiert, daß die Vorinvestitionen der Anlagenbetreiber in keinem Verhältnis zur Verfahrensdauer stünden¹⁾.

Vor diesem Hintergrund werden in der Literatur unterschiedliche dogmatische Ansätze vertreten, die im Ergebnis den Umfang der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle minimieren, den Behörden Entscheidungsvorrechte einräumen und eine Verkürzung des Verfahrens befürworten.

Versucht man, die Ansätze zur Kontrollrestriktion in der Literatur zu systematisieren, so stellt man bald fest, daß von einer "herrschenden Ansicht" keine Rede sein kann²⁾. Die mittlerweile unübersehbaren Stellungnahmen sind von einer verwirrenden Kasuistik geprägt³⁾. Zahlreiche Schlagworte beherrschen die Literatur. So wird die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Kontrollrestriktion möglich ist durch die Begriffe "Beurteilungsermächtigung"⁴⁾, "Vertretbarkeitslehre"⁵⁾, "Beurteilungsspielraum aus Sachnähe"⁶⁾, "autonome Gestaltungsfreiheit"⁷⁾ etc. geprägt. Weitere Beispiele sind unlängst von Hoppe⁸⁾ vorgetragen worden.

Die Vielzahl der Begriffe verdeutlicht, daß von einer hilfreichen Dogmatik in diesem Bereich keine Rede sein kann. Hinzu kommen zahlreiche Versuche, über eine Reform der Verwaltungsgerichtsordnung eine Verfahrensbeschleunigung zu erreichen. Auch zu diesem Problemfeld werden die unterschiedlichsten Ansichten vertreten.

-
- 1) so Ossenbühl, VEnergR Bd. 41/42, S. 47; vgl. aber auch für das Atomrecht Albers, DVBL 1983, S. 1046, 47
 - 2) Breuer, Der Staat 1981, S. 420; Ossenbühl, VEnergR Bd. 41/42, S. 54: "begründete und einleuchtende Dogmatik nicht in Sicht"
 - 3) so Battis, JUS 1977, S. 163; vgl. auch Feuchte, Die Verwaltung 1977, S. 298; Hoppe, DVBL 1975, S. 690: "verworrenes Kapitel"
 - 4) so Redeker/v. Oertzen, § 114 VwGO Rn 11
 - 5) so Ule, WUV 1977, S. 87
 - 6) so Fiedler, ET 1982, S. 582
 - 7) so Stüer, DVBL 1974, S. 314
 - 8) in: Wirtschaftliche Vertretbarkeit, § 5

Die dargestellten Kritikpunkte stellen nur einen Ausschnitt aus einem Meinungsspektrum¹⁾ dar, das wegen seiner Vielfalt hier nicht im einzelnen weiter dargestellt werden kann. Immerhin belegt die Kritik, daß die z. Zt. gehandhabte Kontrollpraxis einschließlich der Dauer des Verfahrens in höchstem Maße zweifelhaft ist und deshalb einer eingehenden Analyse bedarf.

IV. Tendenzen in der neueren Rechtsprechung

1. Die Brokdorf-Entscheidung des Verwaltungsgerichts Schleswig

Nicht zuletzt wegen der detaillierten Kritik sind in der neueren Rechtsprechung Tendenzen feststellbar, die in die Richtung einer Kontrollrestriktion zielen könnten. Die Entscheidungen belegen, daß die Kontrollproblematik nach wie vor zu den vordringlichen und ungelösten Problemen des Verwaltungsrechts und des Verwaltungsprozeßrechts zählt.

Am deutlichsten wird dieses in einer Entscheidung des Verwaltungsgerichts Schleswig²⁾. Das Verwaltungsgericht Schleswig befürwortet bei einer atomrechtlichen Entscheidung eine Kontrollrestriktion mit der Begründung, den Verwaltungsgerichten obliege es nicht, die sicherheitstechnische Bewertung der Exekutive nachträglich durch eine eigene Beurteilung und Risikoabschätzung zu ergänzen³⁾.

Dabei ging das Verwaltungsgericht zwar grundsätzlich von einer vollinhaltlichen Überprüfbarkeit der atomrechtlichen Genehmigungsvoraussetzungen aus, modifizierte diese Aussage jedoch für die Überprüfung solcher Begriffe wie "die nach dem Stand von Wissenschaft und Technik erforderliche Vorsorge gegen Schäden". Die Konkretisierung derartiger Begriffe sei eine Aufgabe der Verwaltungsbehörde, die im Einzelfall das Maß des noch zu tragenden Risikos abzuschätzen und eine Entscheidung über den Umfang der erforderlichen Vorsorgemaßnahmen zu treffen habe⁴⁾. Unter Berücksichtigung der strukturellen Besonderheiten des technischen Sicherheitsrechts sowie wegen

1) vgl. auch Feldhaus, UPR 1982, S. 137: "Schrifttum füllt Bände"

2) vgl. VG Schleswig, ET 1980, S. 305 f.

3) VG Schleswig, aaO. S. 311

4) VG Schleswig, aaO. S. 309

der Überforderung der Richter bei der Bewertung komplexer Fragen gelangte das Gericht zu der Überzeugung, daß es den Verwaltungsrichtern nicht obliege, den der Exekutive zugewiesenen Bewertungsvorgang nachträglich zu ergänzen¹⁾.

Zwar ist diese Entscheidung auf dem Gebiete des Kernenergierechts ergangen das in seiner Komplexität noch schwerer zu handhaben ist als das Immissionsschutzrecht. Außerdem ist im einzelnen höchst umstritten, ob die Begründung des Gerichts eine tragfähige Grundlage für eine Kontrollrestriktion liefert²⁾. Die angeführten Passagen verdeutlichen jedoch, daß die Kritik nicht völlig spurlos an der Rechtsprechung vorbeigegangen ist und stellen eventuell erste Versuche einer dogmatischen Öffnung in Richtung Kontrollrestriktion dar.

2. Der Beschluß des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs in Sachen Pharmachemie GmbH

Aufschlußreich ist ein zeitlich zwischen den Urteilen des Oberverwaltungsgerichts Münster und des Bundesverwaltungsgerichts zum Fall Voerde ergangener Beschluß des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs³⁾, der so gut wie überhaupt nicht beachtet worden ist.

Ziffer 3 des amtlichen Leisatzes lautet: "Die Immissionswerte nach der TA-Luft sind als Ausdruck 'administrativen Sachverständes' einer Nachprüfung durch die Gerichte grundsätzlich entzogen". In den Entscheidungsgründen wird ausdrücklich auf eine in der Literatur⁴⁾ vertretene Auffassung Bezug genommen, die eine Kontrollrestriktion befürwortet. Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof folgt dieser Auffassung, die im Ergebnis die ungeprüfte Übernahme der Immissionswerte durch das Gericht fordert und damit in den Bereichen zu einer Kontrollrestriktion gelangt, in denen z.B. der Begriff der schädlichen Umwelteinwirkungen (§ 5 Nr. 1 BImSchG) durch technische Anleitungen näher präzisiert worden ist⁵⁾. Auch diese Beschlußpassagen verdeutlichen, daß die Problematik der Kontrollrestriktion keineswegs eindeutig im Sinne der bisherigen Rechtsprechung gelöst ist, sondern vielmehr wellenförmige Bewegungen zu verzeichnen sind.

1) VG Schleswig, aaO. S. 311

2) vgl. dazu Breuer, Der Staat 1981, S. 421 einerseits und Dauk, ET 1980, S. 406, 407 andererseits

3) in BayVBL 1977, S. 303; zum Tatbestand vgl. BayVBL 1976, S. 112

4) Ule, BB 1976, S. 446

5) so auch ausdrücklich Gässler/Sander, Taschenbuch Betrieblicher Immissionsschutz, S. 15

3. Der Kalkar-Beschluß des Bundesverfassungsgerichts

Bedeutsam ist auch der Kalkar-Beschluß des Bundesverfassungsgerichts. Zwar hat es das Gericht im Zusammenhang mit der Frage einer möglichen Kontrollrestriktion ausdrücklich offen gelassen, wo im Hinblick auf Artikel 19 Abs. 4 GG bei der Bewertung technischer Normen und Standards für die Einschätzung künftiger Schadensmöglichkeiten die Grenzen richterlicher Nachprüfungspflicht liegen und ob sich die Gerichte nicht etwa darauf beschränken dürfen zu prüfen, ob bei Kenntnislücken und Unsicherheiten im Bereich der naturwissenschaftlichen und technischen Feststellungen und Beurteilungen die Grenzen der sich daraus ergebenden "Bandbreite" eingehalten worden sind¹⁾.

Die Diskussion²⁾ über diesen Beschluß verdeutlicht jedoch, daß das Bundesverfassungsgericht die Problematik der Kontrolldichte durchaus gesehen, wenn auch noch nicht abschließend geklärt hat.

4. Die neueste Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum Immissionschutzrecht

Hochinteressant für die hier behandelte Problematik ist schließlich das neueste Urteil des Bundesverwaltungsgerichts zur Vorsorge gegen Ferntransport von Luftschadstoffen³⁾.

In dem Urteil heißt es bezüglich der Anforderungen zur Emissionsbegrenzung:

"Dementsprechend geht es auch nicht um eine sich in strenger rechtlicher Gebundenheit⁴⁾ vollziehenden Anordnung des 'technisch Machbaren', sondern um eine komplexe Neubewertung der Frage, welche Emissionsbegrenzung künftig von allen Anlagen über einen beträchtlichen Zeitraum hinweg als angemessene Vorsorge verlangt wird. Das läßt sich wegen der Natur der

1) BVerfGE 49 (89), S. 136

2) vgl. etwa Breuer, VEnergR Bd. 50, S. 51; ders. in: Der Staat 1981, S. 420, 421; ders. in Energiewirtschaft 1979, S. 272, 273; Fiedler, ET 1979, S. 186, der sich eine Neubelebung der Diskussion um Beurteilungsspielräume erhofft; vgl. auch Sellner, Natur und Recht 1981, S. 204: "Akzentverschiebung de lege lata"; Marburger, Schadensvorsorge, S. 161, 162; Albers in: Hauff, Gerichtsentscheidungen, S. 92

3) BVerwG, DÖV 1984, S. 631 (634)

4) eigene Hervorhebung

dahinterstehenden umfassenden Problematik nicht¹⁾ in unmittelbarer Anwendung des § 5 Nr. 2 BImSchG auf den jeweiligen Einzelfall entscheiden, sondern setzt vorab eine diesbezügliche Konkretisierung der Betreiberpflichten durch eine Verordnung nach § 7 BImSchG oder eine Verwaltungsvorschrift nach § 48 BImSchG voraus."

Die Urteilstpassagen, auf die im einzelnen noch einzugehen sein wird, belegen m. E. die Fragwürdigkeit der rechtlichen Gebundenheit der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung, zumindest wenn diese These - wie bislang - undifferenziert vertreten wird.

§ 2 Problemstellung und Zielsetzung der Untersuchung

Die Auswertung der ergangenen Spruchpraxis und der Literatur hat gezeigt, daß weitgehend Uneinigkeit über die Behandlung der Kontrolldichte im Immissionsschutzrecht besteht, so daß die zu erörternde Problematik keineswegs als geklärt angesehen werden kann. Problematisch erscheint auch die - teilweise mit der Kontrolldichte zusammenhängende - überlange Verfahrensdauer und die Überlastung der Verwaltungsgerichte. Die vorliegende Arbeit hat es sich deshalb zum Ziel gesetzt, rechtsstaatlich vertretbare Wege aufzuzeigen, durch die die derzeit bestehenden Hemmnisse bei der Verwirklichung umweltrelevanter Großvorhaben sowie die Überlastung der Verwaltungsgerichtsbarkeit vermindert werden können:

Da unterschiedliche dogmatische Ansätze vertreten werden, ist zu untersuchen, welcher Weg für eine Lösung in Betracht kommt.

I. Kontrollrestriktion über die materiellen Immissionsschutzbestimmungen de lege lata und de lege ferenda

Art und Umfang der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle hängen zunächst weitgehend von der Struktur der zu kontrollierenden Normen ab. Denn die gerichtliche Kontrolle nach § 113 VwGO besteht darin, die getroffene Verwaltungsentscheidung im Hinblick auf die Auslegung der einzelnen Rechtsvorschriften, die getroffenen Feststellungen tatsächlicher Art und deren Subsumtion unter den Rechtssatz zu überprüfen²⁾.

1) eigene Hervorhebung

2) vgl. dazu Hoppe, BVerwG-FS, S. 310; für die ähnliche Problematik im Atomrecht Czajka, ET 1981, S. 537 und Degenhart, ET 1981, S. 203

Möglichkeiten der Kontrollrestriktion können daher rechtlich über die materiellen Immissionsschutzbestimmungen herbeigeführt werden, wobei zu untersuchen ist, ob die derzeitigen Regelungen des BImSchG Anhaltspunkte dafür liefern oder eine Lösung de lege ferenda gefunden werden muß.

II. Kontrollrestriktion über die verwaltungsgerichtlichen Bestimmungen de lege lata und de lege ferenda

Möglichkeiten der Kontrollrestriktion im weiteren Sinne können aber auch über die verwaltungsgerichtlichen Bestimmungen herbeigeführt werden. Die überlange Verfahrensdauer im Umweltschutzrecht ist teilweise darauf zurückzuführen, daß die VwGO einerseits einen dreinstanzlichen Gerichtszug festlegt und damit die Verfahrensdauer fördert¹⁾, andererseits den Klägern die Möglichkeit eröffnet, ihre Einwendungen zu schleppend vorzubringen und die Entscheidungsreife durch nachträgliches, rechtserhebliches Vorbringen hinauszuzögern²⁾. Es kommt hinzu, daß die VwGO kein geeignetes Instrumentarium zur Bewältigung von Massenverfahren bereithält³⁾ und die teilweise kodifizierten Möglichkeiten einer Verfahrensbeschleunigung nicht immer optimal ausgenutzt werden⁴⁾. Diese Umstände führen zu der Überlegung, nach Möglichkeiten der Kontrollrestriktion auf der Grundlage der geltenden VwGO oder de lege ferenda zu suchen.

§ 3 Gang der Darstellung

Im ersten Hauptteil der Arbeit werden Möglichkeiten der Kontrollrestriktion auf der Grundlage des materiellen Immissionsschutzrechts de lege lata und de lege ferenda dargestellt und auf ihre Vertretbarkeit hin untersucht. Obwohl sich der Umfang der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle wegen der zunehmenden Bedeutung umweltrelevanter

1) so Ule, DVBL 1982, S. 827

2) so Kuhnt, Bitburger Gespräche, S. 112

3) darauf weist Johann Schmidt, DVBL 1982, S. 148 hin

4) vgl. dazu Sendler, DVBL 1982, S. 924

Großvorhaben nach dem BImSchG besonders auffallend auf die Anlagenbetreiber und die Belastung der Verwaltungsgerichte auswirkt, handelt es sich bei der Problematik der Kontrolldichte um ein Phänomen, das auch in anderen verwaltungsrechtlichen Gebieten eine Rolle spielt.

Aus diesem Grunde gilt für die Kontrolle der Genehmigung nach § 6 BImSchG die aus anderen Bereichen gewonnene Erkenntnis, daß der Umfang der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle von dem Ausmaß der rechtlichen Bindung der Kontrollierten abhängt.

Diese Überlegung erfordert zunächst eine dogmatische Einordnung der Genehmigungsvoraussetzungen der §§ 4 ff. BImSchG unter dem Aspekt der rechtlichen Stringenz. Die Untersuchung wird zeigen, daß sich die immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsvoraussetzungen mit den Kategorien Ermessen und unbestimmter Gesetzesbegriff erfassen lassen.

Das führt zu der Frage, wie weit die rechtliche Bindung der Verwaltungsbehörden und damit auch der Umfang der verwaltungsgerichtlichen Kontrolldichte im Bereich dieser Kategorien geht. Diese Frage wird anhand zahlreicher Theorien im Bereich des allgemeinen Verwaltungsrechts seit mehr als 50 Jahren kontrovers diskutiert und ist auch für die Kontrolldichte im Umweltschutzrecht aufschlußreich.

Deshalb sind die wichtigsten theoretischen Ansätze in der Literatur darzustellen und zu überprüfen. Besonderer Wert soll in diesem Zusammenhang auf die Darstellung der speziell durch die umweltschutzrechtliche Problematik beeinflussten neueren Ansätze gelegt werden.

Ferner soll ein eigener Standpunkt entwickelt werden, der sich insbesondere mit den prognostischen und planerischen Elementen in den immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsvoraussetzungen beschäftigt und hieraus Schlußfolgerungen hinsichtlich der Frage der Kontrolldichte zieht. Dabei wird sich zeigen, daß der prognostische Charakter der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung in Verbindung mit weiteren sachstrukturellen Anhaltspunkten den Schluß auf einen Beurteilungsspielraum der Verwaltung bei der Erteilung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung zuläßt.

Dieser Beurteilungsspielraum minimiert zwangsläufig die verwaltungsgerichtliche Kontrolldichte und damit auch die Belastung der Verwaltungsgerichtsbarkeit.

Der anschließende Teil der Arbeit widmet sich den Möglichkeiten der Kontrollrestriktion de lege ferenda. Hier sollen schwerpunktmäßig einige Ver-

änderungsmöglichkeiten im Bereich des materiellen Immissionsschutzrechts aufgezeigt werden, die nach entsprechender gesetzlicher Modifikation eine Verringerung der Kontrolldichte zulassen. Ferner soll rechtsvergleichend das System amerikanischer Verwaltungskontrollen dargestellt und auf seine Übertragbarkeit auf das deutsche Rechtssystem überprüft werden.

Anlaß dazu bieten gewisse Tendenzen in der Rechtsprechung, die bislang von der Literatur so gut wie überhaupt nicht beachtet worden sind, aber möglicherweise richtungsweisende Neuansätze darstellen.

Der zweite Hauptteil der Arbeit beschäftigt sich mit den Möglichkeiten der Kontrollrestriktion auf der Grundlage der Verwaltungsgerichtsordnung *de lege lata* und *de lege ferenda*.

Hier gilt es zunächst darzustellen, daß die geltenden Bestimmungen der VwGO so gut wie keine Möglichkeit der Kontrollrestriktion zulassen.

Dementsprechend konzentrieren sich die Überlegungen auf Veränderungsmöglichkeiten im Bereich der VwGO, wobei insbesondere die neuesten gesetzgeberischen Initiativen auf diesem Gebiet dargestellt und überprüft werden sollen.

Erster Hauptteil:

Kontrolle nach Maßgabe des materiellen Immissionsschutzrechts

Erster Abschnitt:

Möglichkeiten der Kontrollrestriktion auf der Grundlage des geltenden Immissionsschutzrechts

§ 4 Die Kontrolldichte im Immissionsschutzrecht als allgemeines verwaltungsrechtliches Problem mit besonderen Auswirkungen

Bereits in der Einleitung wurde darauf hingewiesen, daß zahlreiche Ansätze in der Literatur vertreten werden, die im Ergebnis die Kontrolldichte auf der Grundlage des materiellen Rechts verringern wollen. Versucht man die verschiedenen Ansätze in diesem Bereich auf einen gemeinsamen Nenner zu bringen, so läßt sich sagen, daß die Auseinandersetzung um die verwaltungsgerichtliche Kontrolldichte im Immissionsschutzrecht zum einen eingebettet ist in eine allgemeine Diskussion um die grundsätzliche verwaltungsrechtliche Problematik sogenannter gerichtsfreier Beurteilungsspielräume¹⁾ und zum anderen die Frage des Verhältnisses von Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit berührt²⁾. Beide Gesichtspunkte werden nicht nur im Immissionsschutzrecht sondern in anderen Bereichen des Verwaltungsrechts seit Jahrzehnten kontrovers diskutiert. Beispielhaft sei hier nur an die Auseinandersetzung um die Kontrolldichte im Schul- und Prüfungs- sowie im Beamtenrecht erinnert³⁾. Die Frage der Kontrolldichte wirft daher zunächst einige grundsätzliche verwaltungsrechtliche Probleme auf. Das bringt es mit sich, daß im Verlauf dieser Untersuchung zwangsläufig auf Überlegungen zur Kontrolldichte zurückgegriffen werden muß, die ähnlich auch in anderen Bereichen des Verwaltungsrechts angestellt werden.

Andererseits zeigt sich das Problem der Kontrolldichte gerade im Immissionsschutzrecht in besonderer Schärfe. Die eingangs dargestellte

1) vgl. auch Breuer, NJW 1977, S. 1028

2) vgl. nur Hoppe, BVerwG-FS, S. 297

3) vgl. etwa OVG Berlin, DVBL 1975, S. 731 und BVerwG, DöV 1980, S. 380 (Prüfung); BVerwG, JZ 1979, S. 469 (Habilitation); BVerwG, ZBR 1976, S. 312; DVBL 1981, S. 497 (Beamte)

Kritik an der Rechtsprechung verdeutlicht, daß im Spannungsfeld zwischen Recht und Technik der Umfang der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle in hohem Maße wirtschaftliche Interessen beeinflußt und damit Probleme aufzeigt, die vor Jahren noch unvorstellbar waren. Diese Besonderheiten sind bei der Suche nach Möglichkeiten einer Kontrollrestriktion zu berücksichtigen.

Vorab müssen deshalb die Genehmigungsvoraussetzungen der §§ 4 ff. BImSchG dargestellt und unter dem Aspekt der Kontrolldichte dogmatisch eingeordnet werden.

§ 5 Die Genehmigungsvoraussetzungen der §§ 4 ff. BImSchG und das Problem ihrer dogmatischen Einordnung unter dem Aspekt der Kontrolldichte

I. Die Voraussetzungen für die Erteilung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung

Nach § 4 BImSchG bedürfen Errichtung und Betrieb von Anlagen, die auf Grund ihrer Beschaffenheit oder ihres Betriebes in besonderem Maße geeignet sind, schädliche Umwelteinwirkungen hervorzurufen oder in anderer Weise die Allgemeinheit oder die Nachbarschaft zu gefährden, erheblich zu benachteiligen oder erheblich zu belästigen, grundsätzlich einer Genehmigung.

§ 4 BImSchG begründet damit für Anlagen, die nach Maßgabe der 4. BImSchVO vom 14.2.1975 näher festgelegt werden, ein präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt¹⁾.

Die einzelnen Genehmigungsvoraussetzungen ergeben sich aus § 6 BImSchG. Danach ist die Genehmigung zu erteilen, wenn

1. sichergestellt ist, daß die sich aus § 5 und einer auf Grund des § 7 erlassenen Rechtsverordnung ergebenden Pflichten erfüllt werden, und
2. andere öffentlich-rechtliche Vorschriften und Belange des Arbeitsschutzes der Errichtung und dem Betrieb der Anlage nicht entgegenstehen.

1) vgl. grds. zum Verbot mit Erlaubnisvorbehalt Schmalz, Allg. VerwR, S. 132; Stober, WVR, Rn 301 f.; Frotscher, JUS 1983, S. 117.
Für den Bereich des BImSchG vgl. Hofmann, UPR 1984, S. 74; Ule, BImSchG, Einl. Rn 10; Breuer, Der Staat 1981, S. 414

Über § 6 Nr. 1 BImSchG werden die drei Grundpflichten des § 5 BImSchG in die Genehmigungsvoraussetzungen miteinbezogen:

- der Schutzgrundsatz (§ 5 Nr. 1)
- der Vorsorgegrundsatz (§ 5 Nr. 2)
- der Entsorgungsgrundsatz (§ 5 Nr. 3)¹⁾.

II. Probleme bei der dogmatischen Einordnung der Genehmigungsvoraussetzungen

Aus den bereits gemachten Ausführungen ergibt sich, daß der Umfang der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle von der Struktur der zu kontrollierenden Normen abhängt²⁾. Denn die Aufgabe der Verwaltungsgerichtsbarkeit ist die Rechtmäßigkeitskontrolle der Verwaltung nach Maßgabe des § 113 VwGO. Als Rechtmäßigkeitskontrolle hängt sie von der Existenz rechtlicher Bindungen der Verwaltung ab.

Diese Annahme führt zu der Überlegung, daß die Kontrolldichte im Immissionsschutzrecht weitgehend davon abhängt, ob und in welchem Maße der Gesetzgeber die Genehmigungsbehörde von rechtlichen Bindungen freigestellt und exekutivische Gestaltungsspielräume eröffnet hat³⁾.

Lassen sich aus den Genehmigungsvoraussetzungen des BImSchG irgendwelche Entscheidungsprärogativen der Behörde ableiten, so bewirkt dies einen wesentlichen Einfluß auf den Verwaltungsprozeß: je umfangreicher Entscheidungsvorrechte aus den materiellen Genehmigungsvoraussetzungen abzuleiten sind um so geringer ist die verwaltungsgerichtliche Kontrolldichte und umgekehrt⁴⁾.

Da somit der "rechtliche Hebel" für eine Kontrollrestriktion im Bereich des materiellen Rechts liegt, hängt die weitere Untersuchung im wesentlichen von der dogmatischen Einordnung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsvoraussetzungen ab⁵⁾.

1) so auch Frotscher, JUS 1983, S. 779; Stich/Porger, § 5 BImSchG, Erl. I,

2) vgl. S. 15, Fn 2

3) vgl. Kuhnt, Bitburger Gespräche, S. 104

4) vgl. van Buiren/Ballerstedt/Grimm, S. 44; Berg, Verwaltungsrechtliche Entscheidung, S. 149; für die ähnliche Problematik im Atomrecht vgl. Degenhart, ET 1981, S. 203; Czajka, ET 1981, S. 537 f.

5) so auch Müller-Glöße, S. 9

1. Unterscheidung zwischen Tatbestands- und Rechtsfolgende

Die Gesetzesbindung der Verwaltung kann strikt sein, sie kann aber auch gelockert sein, indem der Verwaltung durch Einräumung von Ermessen ein Handlungsspielraum verbleibt oder durch Festlegung unbestimmter Gesetzesbegriffe ein Beurteilungsspielraum zugebilligt wird. Ermessen, Beurteilungsspielraum und unbestimmter Gesetzesbegriff sind drei Instrumente, die den Verwaltungsbehörden die nötige Beweglichkeit verschaffen¹⁾.

Dieses gilt grundsätzlich auch für umweltschutzrechtliche Genehmigungen. Der Unterschied zwischen Beurteilungsspielraum und Ermessen knüpft an die Struktur des Rechtssatzes mit seinen tatbestandlichen Voraussetzungen einerseits und der Rechtsfolge andererseits an²⁾. Überläßt der Gesetzgeber der Verwaltung durch die Formulierungen "kann", "darf" etc. auf der Rechtsfolgende einen Spielraum zwischen mehreren Verhaltensweisen, so wird im allgemeinen von Ermessen gesprochen³⁾.

Verwendet er dagegen auf der Tatbestandsseite vage und ausfüllungsbedürftige Formulierungen wie etwa "öffentliche Sicherheit und Ordnung", so spricht die Verwaltungsrechtsdogmatik vom sogenannten "unbestimmten Gesetzesbegriff" oder "unbestimmten Rechtsbegriff"⁴⁾.

Allerdings darf diese Einordnung nicht zu der Annahme verleiten, unbestimmte Gesetzesbegriffe könnten nur auf der Tatbestandsseite einer Norm aufzufinden sein.

Gesetzestechisch ist es ohne weiteres möglich, unbestimmte Begriffe sowohl auf der Tatbestands- als auch auf der Rechtsfolgende einer Norm zu verwenden⁵⁾.

Denkbar ist sogar in Form von Koppelungsvorschriften die Kombination von Ermessen und unbestimmtem Gesetzesbegriff auf der Rechtsfolgende. Wenn vorstehend die Zuordnung unbestimmter Gesetzesbegriffe (nur) auf der Tatbestandsseite erfolgt ist, so dient das ausschließlich der Vereinfachung, da die Problematik sog. "Beurteilungsspielräume" vornehmlich dann auftritt, wenn unbestimmte Gesetzesbegriffe auf dieser Seite der Norm verwendet werden.

1) vgl. dazu Maurer, Allg. VerwR, § 7 Rn 5; Erichsen/Martens, Allg. VerwR, § 12 II, 1; Weigel, Beurteilungsspielraum, S. 13

2) so auch Meyn, JA 1980, S. 328

3) vgl. Cattepoel, VerwArch 71 (1980), S. 140; Schmidt-Salzer, Beurteilungsspielraum, S. 8 f.; Maurer, Allg. VerwR, § 7 Rn 6

4) Erichsen/Martens, Allg. VerwR § 12 II, 1; Breuer, DVBL 1978, S. 33; schon früher Meyer, DÖV 1954, S. 368 f.

5) vgl. Koch, unbestimmte Rechtsbegriffe, S. 106; vgl. auch Menger, Rechtsschutz, S. 126

2. Einordnung der Genehmigungsvoraussetzungen des § 6 BImSchG in die Kategorien Ermessen - unbestimmter Gesetzesbegriff

Untersucht man die Genehmigungsvoraussetzungen des § 6 BImSchG, so führt das zu dem Ergebnis, daß auf der Rechtsfolgenseite kein Ermessensspielraum besteht. Denn nach dem eindeutigen Wortlaut des § 6 BImSchG ist die Genehmigung zu erteilen.

Dieser Befund wird durch die Gesetzesmaterialien bestätigt, wonach die Genehmigung bei Vorliegen der Voraussetzungen erteilt werden muß¹⁾.

Anders stellt sich dagegen die Tatbestandsseite dar. Geht man von der Rechtslage aus, daß die drei Grundpflichten des § 5 BImSchG zum Inhalt der Genehmigung gemacht worden sind, so fällt auf, daß der Gesetzgeber ziemlich unscharfe Begriffe wie "schädliche Umwelteinwirkungen", "Stand der Technik" oder "wirtschaftliche Unvertretbarkeit" verwendet. Insbesondere der in § 5 Nr. 1 BImSchG aufgeführte Begriff der "schädlichen Umwelteinwirkungen" beherrscht das BImSchG wie zahlreiche andere Vorschriften belegen²⁾.

Was unter schädlichen Umwelteinwirkungen zu verstehen ist, wird durch die Legaldefinition des § 3 Abs. 1 BImSchG näher präzisiert. Entsprechend der Definition des § 3 Abs. 1 BImSchG besteht der Begriff der schädlichen Umwelteinwirkungen aus zwei Elementen: zum einen muß es sich um Immissionen handeln, zum anderen müssen die Immissionen eine gewisse Störqualität, das heißt, eine gewisse Schädlichkeit aufweisen³⁾. Die Umschreibung des Begriffs der Schädlichkeit in § 3 Abs. 1 BImSchG mit Hilfe der Begriffe "Eignung", "Gefahr", "erhebliche Nachteile" und "erhebliche Belästigungen" verdeutlicht, daß es sich bei den schädlichen Umwelteinwirkungen um einen sogenannten unbestimmten Gesetzesbegriff handelt⁴⁾.

1) vgl. nur BVerwG, DVBL 1978, S. 591; Engelhardt, § 6 BImSchG, Rn 1; Stober, WVR, Rn 815; v. Holleben, GewArch 1977, S. 46; BT-Drucksache 7/179, S. 31

2) vgl. etwa §§ 1; 3 I; 4 I; 17 I; 20 III; 22 I Nr. 1; 23 I; 25 II; 26 I; 29 II; 32 I; 33 I Nr. 1; 34; 35 I; 38; 40; 41 I; 43 I Nr. 1-3; 44 I; 47 Nr. 1; 49 I Nr. 1, II, III; 60 I, 61 Nr. 1 u. 4; vgl. auch Martens, FS für Ipsen, S. 449, 459: "Zentralbegriff des BImSchG" ferner Ule, DVBL 1973, S. 757; Feldhaus, § 3 BImSchG, Anm I 6; Breuer, Der Staat 1981, S. 411

3) so Kutscheidt in: Landmann/Rohmer, § 3 BImSchG, Rn 8; Jarras, DVBL 1983, S. 725

4) vgl. auch Hansmann, UPR 1982, S. 353; Ule, DVBL 1973, S. 757; Kutscheidt in: Landmann/Rohmer, § 3 BImSchG, Rn 18; zur Terminologie vgl. etwa Jesch, AöR 82 (1957), S. 163 f.

Neben dem Begriff der schädlichen Umwelteinwirkungen enthalten auch die übrigen Genehmigungsvoraussetzungen unbestimmte Gesetzesbegriffe wie etwa den "Stand der Technik" (§ 5 Nr. 2 BImSchG)¹⁾ oder die "wirtschaftliche Unvertretbarkeit" (§ 5 Nr. 3 BImSchG)²⁾.

Was unter dem "Stand der Technik" zu verstehen ist, umschreibt die Definition des § 3 Abs. 6 BImSchG. Danach ist Stand der Technik der Entwicklungsstand fortschrittlicher Verfahren, Einrichtungen oder Betriebsweisen, der die praktische Eignung einer Maßnahme zur Begrenzung von Immissionen gesichert erscheinen läßt.

Dagegen fehlt in § 3 BImSchG eine nähere Umschreibung des Begriffs der wirtschaftlichen Unvertretbarkeit.

3. Auswirkungen der Einordnung auf die verwaltungsgerichtliche Kontroll- dichte

Die Einordnung der Genehmigungsvoraussetzungen in die Kategorien Ermessen und unbestimmter Gesetzesbegriff hat erhebliche Auswirkungen auf die verwaltungsgerichtliche Kontrolldichte.

Die eingangs dargestellten Beispiele verdeutlichen, daß es häufig fraglich sein kann, wann eine Anlage zum Beispiel schädliche Umwelteinwirkungen hervorrufen kann.

Das Problem der unbestimmten Gesetzesbegriffe liegt deshalb meist im Bereich der Erkenntnis³⁾. Denn die Anwendung dieser Begriffe erfordert eine Wertung oder eine Prognose in die Zukunft⁴⁾; dies ist nur möglich, wenn teilweise recht unterschiedliche Belange bewertet und gegeneinander abgewogen werden⁵⁾. Es ist daher naheliegend, daß verschiedene Beurteiler im Bereich der Rechtsanwendung zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangen können. Besonders deutlich wird dieses dann, wenn Fragen des technischen Sicherheitsrechts zum Inhalt der Genehmigungsvoraussetzungen gemacht werden, wie es in § 5 Nr. 2 BImSchG geschehen ist.

-
- 1) vgl. zum Stand der Technik Marburger, WUV 1981, S. 256; Wagner, DöV 1980, S. 271; Kutscheidt in: Landmann/Rohmer, § 3 BImSchG, Rn 29
 - 2) vgl. zur wirtschaftlichen Vertretbarkeit Hoppe, Wirtschaftliche Vertretbarkeit, S. 23; Thomas, WUV 1980, S. 262
 - 3) so auch Maurer, Allg. VerwR, § 7 Rn 19
 - 4) vgl. dazu Feldhaus, § 3 BImSchG, Erl. II, 6a; Koch/Rüßmann, Begründungslehre, § 18, S. 207
 - 5) so auch Hansmann in Boisserée/Oels/Hansmann/Schmitt, § 6 BImSchG, Erl. 1 und § 3 BImSchG, Erl. II, 13; Feldhaus, § 3 BImSchG, Erl. II, 6

Soweit die Rechtsprechung von einer vollinhaltlichen Überprüfbarkeit unbestimmter Gesetzesbegriffe ausgeht, sehen sich die Richter bei ihrem Kontrollauftrag vor die Notwendigkeit gestellt, schädliche Umwelteinwirkungen oder den Stand der Technik zu ermitteln und ihr Ergebnis mit dem der Genehmigungsbehörde zu vergleichen¹⁾.

Das führt regelmäßig zu den bereits geschilderten Schwierigkeiten für die beteiligten Juristen, die oft nur noch mit Hilfe von Spezialkenntnissen oder unter völliger Abhängigkeit von Sachverständigen die Probleme bewältigen können²⁾.

Es erscheint deshalb nicht verfehlt, die Verwendung unbestimmter Gesetzesbegriffe und deren Kombination mit Fragen des technischen Sicherheitsrechts - wie beispielsweise in § 5 Nr. 2 BImSchG - für die Kontrollproblematik jedenfalls dann mitverantwortlich zu machen, wenn man von ihrer vollinhaltlichen Überprüfbarkeit ausgeht³⁾.

Diese Feststellung führt zu der zentralen Frage, ob und in welchem Umfang eine vollinhaltliche Überprüfung unbestimmter Gesetzesbegriffe rechtlich erforderlich ist oder eventuell Möglichkeiten einer Kontrollrestriktion bestehen.

a) Gleichsetzung von Ermessen und unbestimmtem Gesetzesbegriff?

Allerdings würde sich die gestellte Frage dann erübrigen, wenn zwischen Ermessen und unbestimmtem Gesetzesbegriff wesensmäßig kein prinzipieller Unterschied bestünde. Die verwaltungsgerichtliche Kontrolle wäre deshalb von vornherein eingeschränkt, wenn die Anwendung unbestimmter Gesetzesbegriffe ähnlich dem Ermessen mehrere Lösungen im Sinne einer Wahlfreiheit der Behörde zuließe⁴⁾. Denn für diesen Fall wäre das Verwaltungsgericht - wie im Rahmen des § 114 VwGO - in seiner Kontrolltätigkeit beschränkt.

Die Beantwortung dieser Frage hängt davon ab, ob die Anwendung unbestimmter Gesetzesbegriffe im Ergebnis mehrere oder nur eine richtige (rechtmäßige) Entscheidung zulassen.

Bereits in diesem Punkt werden unterschiedliche Ansichten vertreten, die hier kurz skizziert werden sollen.

1) vgl. dazu Hansmann, Referat zum 52. DJT, K 52; van Buiren/Ballerstedt/Grimm, S. 27

2) vgl. auch Finkelburg, S. 3; zum Vorgehen bei Immissionsprognosen vgl. auch Müller-Glöge, S. 36 f.

3) so auch Feldhaus, UPR 1982, S. 138; Kopp, UPR 1982, S. 44; Sellner, BauR 1980, S. 391

4) vgl. dazu auch BVerwGE 16, (116), 129; Schmidt-Salzer, Beurteilungsspielraum, S. 16; Czermak, DVBL 1966, S. 366; Weyreuther, BauR 1977, S. 301; Wegener, Die Verwaltung 1977, S. 311

Nach Rechtsprechung¹⁾ und herrschender Meinung in der Literatur²⁾ gehört zum Wesen des unbestimmten Gesetzesbegriffs die Tatsache, daß seine Anwendung nur zu "einer" richtigen Lösung führen kann. Der Grund dafür wird einerseits in der Tatsache gesehen, daß der unbestimmte Gesetzesbegriff trotz seiner Unbestimmtheit die normative Lösung einer Rechtsfrage sei³⁾. Deshalb habe der Gesetzesgeber durch Verwendung des unbestimmten Gesetzesbegriffs "eine" Lösung vorgegeben⁴⁾.

Andererseits wird auf das rechtsstaatliche Gebot der Normenbestimmtheit und Normenklarheit hingewiesen. Dieses sei jedenfalls dann nicht mehr gewährleistet, wenn bei Anwendung des unbestimmten Gesetzesbegriffs sowohl die eine als auch die andere Lösung möglich sei⁵⁾.

Dem gegenüber hält die Mindermeinung⁶⁾ bei der Anwendung unbestimmter Gesetzesbegriffe mehrere Lösungen für richtig. Teilweise wird zur Begründung davon ausgegangen, es bestehe zwischen Ermessen und unbestimmten Gesetzesbegriffen kein Unterschied. Deshalb seien auch auf der Tatbestandsseite mehrere Lösungen möglich⁷⁾.

1) vgl. nur BVerwGE 16, (116), 129; 9, (284), 285, 286

2) vgl. nur Salzwedel, VVDStRL 22 (1965), S. 219 Fn 41, der im Gegensatz zum Ermessen von der Singularität einer rechtmäßigen Lösung beim unbestimmten Gesetzesbegriff ausgeht; ebenso van Husen, DVBL 1953, S. 71; Mahlmann in: 1. Deutsches Atomrechts-Symposium, S. 276; Maurer, Allg. VerwR § 7 Rn 19; Erichsen/Martens, Allg. VerwR § 12 II, 1; Czermak, JUS 1968, S. 401; Ossenbühl, DÖV 1968, S. 620; Menger, Rechtsschutz, S. 127; vgl. auch Müller-Glöge, aaO. S. 11, der von einem "Dogma" spricht; a.A. aber Degenhart, ET 1981, S. 207 für den Bereich des Atomrechts

3) vgl. Reuß, DVBL 1953, S. 651; ders. DVBL 1953, S. 586; Schmidt-Salzer, Beurteilungsspielraum, S. 16: qualitativ unbedingte Rechtsfolgeregelung. A.A. Fellner, DVBL 1969, S. 285, der Schmidt-Salzers Ansicht für eine "petitio principii" hält; ebenso Feuchte, Die Verwaltung 1977, S. 304 unter Berufung auf BVerwGE 39, 203. Die Entscheidung des BVerwG's ist jedoch mißverständlich, wie Müller-Glöge, Immissionsprognosen, S. 20, nachgewiesen hat, vgl. dazu auch v. Ölshausen, JUS 1973, S. 219 f.

4) vgl. Reuß, DVBL 1953, S. 587; Landmann/Giers/Proksch, Allg. VerwR, S. 30; Ossenbühl, DÖV 1972, S. 402; Czermak, JZ 1963, S. 277; Deppe, Kontrollrichte, S. 59; Luhmann, VerwArch 55 (1964), S. 14

5) so auch Maurer, Allg. VerwR § 7 Rn 19; Ossenbühl, DÖV 1968, S. 620

6) vgl. etw Ehmke, RuS 230/31, S. 38; Erichsen, VerwArch 63 (1972), S. 343; Koch, unbestimmte Rechtsbegriffe, S. 76; mißverständlich Stober, SKV 1977, S. 83 und Stern, verwaltungsprozessuale Probleme, S. 145

7) Ehmke, aaO. S. 40

Teilweise wird davon ausgegangen, die unbestimmten Gesetzesbegriffe enthielten eine gesetzliche Ermächtigung, in bestimmten Bereichen zu mehreren Lösungen zu gelangen¹⁾.

Schließlich wird vertreten, wertausfüllungsbedürftige unbestimmte Gesetzesbegriffe schüfen intra-legalen Lücken, die von der Verwaltung im Sinne der gesetzgeberischen Zielvorstellungen auszufüllen seien²⁾.

Ohne an dieser Stelle diesen Streit entscheiden zu können, dürfte mit der herrschenden Meinung davon auszugehen sein, daß unbestimmte Gesetzesbegriffe im Ergebnis nur eine Lösung als richtig (rechtmäßig) zulassen. Denn mit der Normierung eines unbestimmten Gesetzesbegriffs hat der Gesetzgeber spätere Störungen der Gemeinschaft bzw. der Umwelt bereits abstrakt durch Vorgabe einer Entscheidung gelöst³⁾. Die Verwaltungsbehörde handelt daher bei der Gesetzesanwendung nur dann rechtmäßig, wenn sie im konkreten Einzelfall diejenige Entscheidung trifft, die die abstrakt bereits vorgegebene Idee des Gesetzgebers verwirklicht⁴⁾.

Im übrigen wäre es einerseits aus Gründen der Rechtssicherheit nicht zu verantworten, die Verwaltungsbehörde nach ihrem Gutdünken über die normativ bereits vorgegebene Entscheidungsrichtlinie einmal so und einmal so entscheiden zu lassen⁵⁾. Andererseits scheint es aus logischen Gründen beispielsweise auf die Frage nach der Zuverlässigkeit eines Bewerbers nur eine Antwort zu geben: entweder sie ist gegeben oder nicht. Ein Zwischenfall ist jedenfalls ausgeschlossen⁶⁾.

1) so Schmidt-Eichstaedt, AöR 98 (1973), S. 187

2) vgl. etwa Soell, Ermessen, S. 204 f.

3) so auch Schmidt-Salzer, Beurteilungsspielraum, S. 14: "gebündelte Gesetzgebung"; Landmann/Giers/Proksch, Allg. VerwR, S. 31; Reuß, DVBL 1953, S. 649

4) wie hier Korbmacher, DöV 1965, S. 697; Schenke in: Bonner Kommentar, Art. 19 IV GG Rn 337; Frisch, NJW 1973, S. 1347; Engisch, aaO. S. 128 f.

5) so auch Ossenbühl, DöV 1965, S. 697, der von einer "seltsamen Rechtsordnung" spricht; im Ergebnis auch deutlich wie hier Kellner, Dokumentation zum Deutschen Verwaltungsrichtertag 1974, S. 45

6) vgl. Schenke in: Bonner Kommentar, Art. 19 IV GG Rn 337, 338; Maurer, Allg. VerwR, § 7 Rn 19; Stern, verwaltungsprozessuale Probleme, S. 145; Czermak, JUS 1968, S. 401; Frisch, NJW 1973, S. 1346

Zweifelhaft ist in Grenzfällen lediglich, was richtig ist, so daß sich die ansich einzig rechtmäßige Entscheidung nicht immer eindeutig feststellen läßt¹⁾.

Hier beginnt das kompetenzielle Problem, wer die letztlich verbindliche Entscheidung zu treffen hat, das Gericht oder die Verwaltungsbehörde. Das ist aber eine andere Fragestellung und ändert nichts an der Tatsache, daß unbestimmte Gesetzesbegriffe der Idee nach nur eine richtige Entscheidung zulassen.

Für das Postulat der einen rechtmäßigen Lösung und damit gegen die Gleichsetzung von Ermessen und unbestimmten Gesetzesbegriffen²⁾ spricht auch die gesetzgeberische Wertung in den §§ 40 VwVfG, 114 VwGO. Die deutliche Unterscheidung zwischen Ermessen in den §§ 40 VwVfG, 114 VwGO einerseits und den unbestimmten Gesetzesbegriffen des BImSchG andererseits zeigt, daß der entscheidungszuständige Gesetzgeber beides deutlich voneinander trennen wollte³⁾.

Die bereits genannten Gründe sprechen im Ergebnis auch gegen die Auffassung von sogenannten intra-legem Lücken⁴⁾. In diesem Zusammenhang erscheint es auch zweifelhaft, ob derartige normative Lücken vom Gesetzgeber von vornherein tatsächlich geschaffen worden sind. Denn dafür liefern unbestimmte Gesetzesbegriffe keinerlei Anhaltspunkte. Im übrigen erscheint diese Ansicht auch aus praktischen Gründen zweifelhaft. Denn die Unterscheidung zwischen deskriptiven und wertausfüllungsbedürftigen unbestimmten Gesetzesbegriffen⁵⁾ verlagert das Problem auf die Ebene der Grenzziehung bzw. Norminterpretation⁶⁾. Eine Kontrollrestriktion als Folge einer Wahlfreiheit der Genehmigungsbehörde bei der Anwendung unbestimmter Gesetzesbegriffe scheidet demnach aus.

Daran vermag nichts die sicher unbefriedigende Tatsache zu ändern, daß die Anwendung unbestimmter Gesetzesbegriffe insbesondere bei hochtechnologischen Sachverhalten äußerst schwierig ist. Auch in diesem Fall ist es jedoch aus rechtsstaatlichen Gründen geboten, daß die Verwaltung durch Finden der "einen" rechtmäßigen Lösung den gesetzgeberischen Willen aktualisiert.

1) so auch Maurer, Allg. VerwR, § 7 Rn 19; Stern, verwaltungsprozessuale Probleme, S. 145

2) so Ehmke, RuS 230/31, S. 40

3) vgl. dazu Bachof, JZ 1972, S. 642

4) so Soell, Ermessen, S. 204 f.

5) vgl. dazu Soell, Ermessen, S. 166 f.

6) so auch Müller-Glöge, Immissionsprognosen, S. 18

b) Kontrolldichte bei strikter Trennung von Ermessen und unbestimmtem Gesetzesbegriff

Auch wenn mit der hier vertretenen Auffassung eine Gleichsetzung von Ermessen und unbestimmten Gesetzesbegriffen abgelehnt wird, ist es nicht von vornherein ausgeschlossen, über das materielle Immissionschutzrecht zu einer Kontrollrestriktion zu gelangen.

Denn die strikte Trennung von unbestimmten Gesetzesbegriffen auf der einen und Ermessen auf der anderen Seite sagt noch nichts darüber aus, ob nicht möglicherweise andere Anhaltspunkte aus dem materiellen Recht für das Vorliegen eines Entscheidungsrechts der Behörde und eine damit automatisch abnehmende Kontrolldichte gegeben sind.

Demzufolge ist eine Kontrollrestriktion theoretisch auch dann möglich, wenn mit der herrschenden Ansicht davon ausgegangen wird, daß die Anwendung unbestimmter Gesetzesbegriffe im Ergebnis nur eine rechtmäßige Lösung zulassen.

Bei der Annahme eines irgendwie gearteten materiell-rechtlichen Beurteilungsspielraums hätte das Gericht in diesem Fall dann nicht mehr zu ermitteln, ob die Behörde mit ihrer Entscheidung das eine richtige Ergebnis getroffen hat. Die Kontrolle wäre vielmehr auf eine Art Rahmenkontrolle¹⁾ beschränkt und hätte sich nur noch an den Punkten richtige Sachverhaltsermittlung, richtige Sachverhaltsgewichtung, Beachtung allgemeingültiger Wertmaßstäbe, Beachtung der Verfahrensvorschriften und Beachtung der Grenzen des anzuwendenden Begriffs zu orientieren²⁾.

Entscheidend ist demnach, wann und unter welchen Voraussetzungen der Verwaltungsbehörde ein Entscheidungsvorrecht hinsichtlich der Fragen zugestanden werden kann, ob schädliche Umwelteinwirkungen vorliegen oder was nach dem Stand der Technik erforderlich ist³⁾.

Dafür könnte die Eigenart unbestimmter Gesetzesbegriffe Anhaltspunkte liefern. Die Eigenart derartiger Gesetzesbegriffe besteht darin, daß sie sich nicht zur unmittelbaren Anwendung auf den Einzelfall eignen,

1) vgl. dazu Kutscheidt in: 6. Deutsches Atomrechts-Symposium, S. 76

2) vgl. auch BVerwG, NJW 1981, S. 1388; DVBL 1981, S. 497; Berg, verwaltungsrechtliche Entscheidung, S. 145; Schapals, VwGO, S. 167

3) zu diesem Ansatz auch Ossenbühl, DVBL 1974, S. 311; Breuer, AöR 101 (1976), S. 72; Feuchte, Der Staat 1977, S. 298

sondern vom Rechtsanwender, das heißt, den Genehmigungsbehörden, eine rechtlich nicht näher angeleitete Konkretisierung verlangen¹⁾. Da der Gesetzgeber durch Verwendung unbestimmter Gesetzesbegriffe in den Genehmigungsvoraussetzungen seine Vorgaben nur grobmaschig umrissen hat, besteht eventuell die Möglichkeit der Annahme freier verwaltungsbehördlicher Gestaltungsspielräume. Die Folge wäre eine Begrenzung der richterlichen Kontrolldichte, da diese ihrerseits von der rechtlichen Bindung der Verwaltungsbehörde abhängt. In diesem Punkt werden die unterschiedlichsten Ansichten vertreten. Wegen der Vielfalt der Meinungen können hier nur die wichtigsten Auffassungen dargestellt und auf ihre Stichhaltigkeit hin überprüft werden²⁾.

§ 6 Ansätze zur Kontrollrestriktion im Immissionsschutzrecht

I. Die Vertretbarkeitslehre (Ule und andere)

Zu den insbesondere in dem Bereich des Immissionsschutzrechts vertretenen Ansätzen einer Kontrollrestriktion zählt die von Ule entwickelte sogenannte Vertretbarkeitslehre³⁾.

1. Grundlagen

Die Vertretbarkeitslehre geht in ihrer Grundannahme davon aus, daß die Subsumtion unter die unbestimmten Gesetzesbegriffe des BImSchG ein ergänzendes Werturteil des Rechtsanwenders erfordert. Ohne ein ergänzendes Werturteil seien Begriffe wie schädliche Umwelteinwirkungen nicht anwendbar⁴⁾. Zwar sei die Auslegung dieses Begriffs wie die Auslegung jedes Rechtsbegriffs eine Rechtsfrage und die Feststellung des Sachverhalts, der unter den Begriff subsumiert werden soll, eine Tatfrage, aber die Subsumtion des Sachverhalts unter diesen unbestimmten Ge-

1) vgl. auch Gehrmann, SchlHA 1979, S. 8; van Buiren/Ballerstedt/Grimm, S. 27

2) Wegen der hier nicht dargestellten sonstigen Ansätze wird auf Waltner, Überprüfbarkeit, Bezug genommen.

3) vgl. Ule, DVBL 1973, S. 756 f.; ders. § 3 BImSchG, Rn 19

4) Ule, WUV 1977, S. 87

setzesbegriff sei nicht durch ein logisches Urteil, sondern nur durch ein Werturteil über diesen Sachverhalt möglich. Eine solche Wertung der einzelnen Tatumstände zum Beispiel im Hinblick auf die Schädlichkeit der Umwelteinwirkungen könne, müsse aber nicht notwendig zu einem eindeutigen Ergebnis führen¹⁾.

Von dieser Grundannahme geht Ule davon aus, daß in Grenzfällen die Frage, ob ein unbestimmter Gesetzesbegriff erfüllt sei oder nicht, keine eindeutige Antwort möglich sei. In solchen Fällen habe das Gericht die von den Verwaltungsbehörden getroffene Entscheidung als rechtlich vertretbar zu respektieren und dem eigenen Urteil zugrunde zu legen²⁾.

Ein solcher Grenzfall liegt für Ule u.a. dann vor, wenn die Bundesregierung durch allgemeine Verwaltungsvorschriften (vgl. § 48 BImSchG) Immissionswerte festsetzt, die zu dem in § 1 BImSchG genannten Zweck nicht überschritten werden dürfen³⁾. Die Festsetzung von Immissionswerten durch allgemeine Verwaltungsvorschriften bedeutet also, daß der unbestimmte Gesetzesbegriff der schädlichen Umwelteinwirkungen für die Verwaltung dahin konkretisiert wird, daß die Überschreitung der in der TA-Luft festgesetzten Werte eine schädliche Umwelteinwirkung im Sinne von § 5 Nr. 1 BImSchG darstellt⁴⁾. Eine Bindungswirkung bestehe im Rahmen der Vertretbarkeitslehre aber auch für die Gerichte. Denn in den allgemeinen Verwaltungsvorschriften konkretisiere sich administrativer Sachverstand, der in Grenzfällen als vertretbare Entscheidung der Behörde vom Gericht zu respektieren sei⁵⁾.

Ule bejaht demnach einen Beurteilungsspielraum in Grenzfällen, in denen die Verwaltung unter Zugrundelegung der TA-Luft oder TA-Lärm zu der Überzeugung gelangt ist, daß schädliche Umwelteinwirkungen vorliegen bzw. nicht vorliegen.

Die Vertretbarkeitslehre wird von Feldhaus⁶⁾ aufgegriffen, der ebenfalls die Ansicht vertritt, beispielsweise die Ermittlung des Standes der Technik sei nicht nur ein Akt der Tatsachenfeststellung, sondern darüber

1) Ule, WUV 1977, S. 87; etwas anders im Hinblick auf die Subsumtion vgl. Ule, § 3 BImSchG, Rn 19

2) vgl. Ule, DVBL 1973, S. 758

3) vgl. Ule, § 48 BImSchG, Rn 3

4) siehe Ule, BB 1976, S. 447

5) vgl. Ule, WUV 1977, S. 92, 93

6) siehe Feldhaus, § 3 BImSchG, Anm. 6

hinaus ein Bewertungs- und Abwägungsvorgang. Daraus folge, daß jedem, der den Stand der Technik zu konkretisieren habe, ein Bewertungsspielraum eröffnet werden müsse¹⁾.

In diesem Zusammenhang sind noch Stich²⁾, Gässler/Sander³⁾ und Mittelstaedt⁴⁾ zu nennen, die sich dieser Auffassung angeschlossen haben.

2. Kritische Würdigung

Bei einer kritischen Würdigung erscheint die Vertretbarkeitslehre sowohl in rechtlicher als auch in praktischer Hinsicht bedenklich.

a) Mehrere rechtlich vertretbare Entscheidungen bei der Subsumtion als zweifelhaftes Kriterium

Zweifelhaft erscheint zunächst die aus der Struktur des normativen Begriffs abgeleitete Annahme, es seien mehrere Entscheidungen vertretbar, von denen jede als rechtmäßig anzusehen sei⁵⁾. Zutreffend hat insoweit Ossenbühl⁶⁾ herausgearbeitet, daß die "verräumlichen-
de Vorstellung" von einem Beurteilungsspielraum und damit "mehreren vertretbaren" Entscheidungen den Eindruck erweckt, als ob der Verwaltung bei dem Gebrauch unbestimmter Gesetzesbegriffe mehrere gleich richtige Entscheidungen zur Wahl stünden.

Es wurde bereits an anderer Stelle⁷⁾ aus rechtsstaatlichen Gründen eine derartige Wahlfreiheit des Rechtsanwenders abgelehnt, da sie auf eine unzulässige Gleichsetzung von Ermessen und unbestimmtem Gesetzesbegriff hinausläuft. Soweit Ules Ausführungen in diesem Sinne zu verstehen sind, sprechen die bereits erörterten Bedenken gegen die Vorstellung mehrerer vertretbarer Entscheidungen. Anders verhält es sich dann, wenn nach Ule der auf der Grenze zwischen Ja und Nein liegende Zweifelsfall rechtsverbindlich durch die Verwaltung

1) vgl. Feldhaus, DVBL 1981, S. 170

2) vgl. Stich/Porger, § 3 BImSchG, Rn 13

3) vgl. Gässler/Sander, aaO, S. 16

4) siehe Mittelstaedt, BB 1975, S. 1461

5) so ausdrücklich Ule, WUV 1977, S. 87

6) in: Verwaltungsvorschriften, S. 330 f.

7) siehe oben § 5 II, 3

interpretiert werden soll. Dann geht es nicht mehr um die normtheoretische Frage (Was ist die Struktur unbestimmter Begriffe?), sondern um die staatstheoretische Frage, wem im Zweifelsfall ein Letztentscheidungsrecht zustehen soll¹⁾. Für diesen Fall können rechtsstaatliche Bedenken zurückgestellt werden²⁾.

b) Der Sachverstand der Behörde als ungeeignetes Begründungselement

Es bestehen aber auch andere rechtsdogmatische Bedenken gegen die Vertretbarkeitslehre. Aus den Ausführungen Ules wird ersichtlich, daß er aus der Struktur des normativen Begriffs lediglich eine Freiheit der Verwaltung in Grenzfällen herleiten will. Daraus ergibt sich für ihn aber noch nicht automatisch eine Einschränkung des Umfangs der verwaltungsgerichtlichen Kontrolldichte³⁾. Der eigentliche Grund, warum das Verwaltungsgericht in derartigen Grenzfällen seine Meinung nicht an die Stelle der Verwaltungsbehörde setzen darf, folgt für Ule aus dem Wesen der Verwaltungsgerichtsbarkeit⁴⁾.

Ein Vergleich zwischen Zivil- und Strafrecht einerseits und Verwaltungsrecht andererseits zeige, daß Entscheidungen der Verwaltungsbehörden, auch wenn sie rechtsirrig seien, zunächst als wirksam angesehen würden. Erst die Klage führe die ungleichen Partner in die gleiche Ebene des Verwaltungsprozesses, wobei zu berücksichtigen sei, daß die Behörde - im Gegensatz zu den Parteien des Zivilprozesses - Sachverstand besitze. Aus diesen Besonderheiten zieht Ule letztlich den Schluß, daß das Verwaltungsgericht im Zweifel der Ansicht der Behörde folgen solle, wenn diese vertretbar sei.

Der eigentliche Grund für eine Kontrollrestriktion liegt nach Ules Theorie demnach in erster Linie in der herausgehobenen, sachverständigen Stellung der Verwaltung und ist damit nicht rechtsdogmatischer, sondern rein pragmatischer Natur⁵⁾.

1) vgl. dazu Koch/Rüßmann, Begründungslehre, § 18, S. 201

2) So wird Ule von Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften, S. 332, Deppe, Kontrolldichte, S. 60 und Müller-Glöge, Immissionsprognosen, S. 20 verstanden, obwohl Ules Ausführungen m.E. nicht eindeutig sind. Von zwei entgegengesetzten Subsumtionsschlüssen geht Obermayer aus, vgl. BayVBl 1975, S. 257

3) so zutreffend Schimke, Beurteilungsspielraum, S. 46

4) vgl. Ule, Gedächtnisschrift für Jellinek, S. 325; ebenfalls so Feldhaus, § 3 BImSchG, Anm. 6 und Stich/Porger, § 3 BImSchG, Rn 13; ablehnend Kutscheidt in: Landmann/Rohmer, § 3 BImSchG, Rn 18

5) in diesem Sinne auch Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften S. 335 und Schimke, Beurteilungsspielraum, S. 48; im Ergebnis wie hier mit anderer Begründung Weigel, Beurteilungsspielraum, S. 148/49

Der Sachverstand der Behörde bzw. die Stellung der Verwaltungsgerichtsbarkeit dürften aber allein keine ausreichende rechtsdogmatische Begründung für die Annahme eines Beurteilungsspielraums liefern¹⁾. Entscheidend ist vielmehr die Frage, ob sich nach dem Willen des Gesetzgebers aus den materiellen Genehmigungsvoraussetzungen des BImSchG Anhaltspunkte für einen Beurteilungsspielraum herleiten lassen. Dafür gibt aber die Auffassung Ules nichts her. Im Ergebnis sprechen daher auch Bedenken gegen die Annahme, die Gerichte seien mit Hilfe der Vertretbarkeitslehre an die Festsetzungen der TA-Luft und TA-Lärm gebunden. Auch in diesem Punkt steht für Ule der administrative Sachverstand im Vordergrund, der allein als Grundlage eines Beurteilungsspielraums kaum ausreicht.

c) Die Beschränkung der Anwendbarkeit auf Grenzfälle

Schließlich bestehen auch praktische Bedenken gegen die Anwendbarkeit der Vertretbarkeitslehre im Immissionsschutzrecht. So betont Ule selbst²⁾, daß das Gericht nur in den verhältnismäßig seltenen Grenzfällen die behördliche Entscheidung respektieren solle.

Es erscheint deshalb zweifelhaft, ob die derzeit bestehenden Schwierigkeiten mit Hilfe der Vertretbarkeitslehre behoben werden können. Im übrigen führt die Vertretbarkeitslehre zwangsläufig zu der entscheidenden Frage, ob ein Grenzfall vorliegt oder nicht. Diese - gerichtlich zu entscheidende Frage - tritt damit an die Stelle des unbestimmten Gesetzesbegriffs und verlagert die Probleme lediglich auf eine andere Fragestellung³⁾.

II. Die Lehre vom Beurteilungsspielraum (Bachof)

Möglichkeiten einer Kontrollrestriktion bietet eventuell die von Bachof in den 50er Jahren entwickelte "Lehre vom Beurteilungsspielraum"⁴⁾.

Um Mißverständnissen vorzubeugen, soll zunächst klargestellt werden,

1) so auch Marburger, Regeln der Technik, S. 420

2) vgl. DVBL 1973, S. 758

3) so auch zutreffend OVG Münster, DVBL 1976, S. 793; vgl. auch Battis, JUS 1977, S. 163

4) vgl. Bachof, JZ 1955, S. 97 f.

daß die gesamte Kontrollproblematik unter dem Gesichtspunkt "Beurteilungsspielraum" Eingang in die verwaltungsrechtliche Literatur gefunden hat. Deshalb verbergen sich unter dem Oberpunkt "Lehre vom Beurteilungsspielraum" zahlreiche Ansätze, die mit dem Ursprung der von Bachof entwickelten Lehre wenig zu tun haben. Beispielhaft sei hier nur an die Lehre vom Beurteilungsspielraum kraft Natur der Sache erinnert, die sich zwar auch mit Beurteilungsspielräumen im weiteren Sinne beschäftigt, aber von ganz anderen Grundannahmen als Bachof ausgeht. Wenn hier von der "Lehre vom Beurteilungsspielraum" die Rede ist, so beziehen sich die Überlegungen ausschließlich auf Bachofs wegweisende Ansätze. Die aus diesen Ansätzen weiterentwickelten Lehren werden anders gekennzeichnet und gesondert dargestellt.

1. Grundlagen

a) Strikte Trennung von Auslegung und Subsumtion

Ausgangspunkt der Lehre Bachofs ist der bereits dargestellte Unterschied zwischen dem Handlungsermessen auf der Rechtsfolgenseite und der Beurteilung des Sachverhalts auf der Tatbestandsseite¹⁾. Während es sich nach Bachof bei der Handhabung des Ermessens um eine Willensentscheidung handelt, ist die Beurteilung des Sachverhalts hinsichtlich seiner Subsumtion unter einen gesetzlichen Tatbestand ein Erkenntnisakt²⁾. Aus der Verwendung unbestimmter Gesetzesbegriffe auf der Tatbestandsseite einer Norm ergibt sich nach Bachof ein gewisser Spielraum der Verwaltung. Denn die Subsumtion eines Sachverhalts unter einen durch unbestimmte Gesetzesbegriffe gekennzeichneten Tatbestand erfordere eine Beurteilung nach objektiven Erfahrungssätzen und Wertvorstellungen zugleich.

b) Abgrenzung der Wert- von den Erfahrungsbegriffen

Entscheidend ist demnach für Bachof die Abgrenzung der Wert- von den Erfahrungsbegriffen. Wenn der Gesetzgeber im Tatbestand einer Norm Wertbegriffe gebrauchte, so könne man nicht von einer "richtigen" oder "falschen" Beurteilung sprechen, sondern nur von unter-

1) vgl. Bachof, JZ 1972, S. 642

2) vgl. Bachof, JZ 1955, S. 98

schiedlichen Ansichten. Hier habe der Gesetzgeber regelmäßig den Behörden einen Beurteilungsspielraum eingeräumt¹⁾. Deshalb sei es dem Gericht verwehrt, in diesem Fall seine eigene Ansicht an die Stelle der der Verwaltung zu setzen²⁾.

Anders sei es dagegen in den Fällen, in denen der Gesetzgeber im Tatbestand einer Norm Erfahrungsbegriffe verwendet habe. Hier sei vom Gesetzgeber nur eine Lösung als "richtig" angesehen worden, die anhand von Erfahrungssätzen objektiv entscheidbar sei³⁾. Deshalb sei in derartigen Fällen aus der Struktur der Norm kein Beurteilungsspielraum ableitbar.

Im Ergebnis bejaht Bachof eine vollinhaltliche Kontrolle im Bereich der Auslegung unbestimmter Gesetzesbegriffe und der Tatsachen. Lediglich im Bereich der Subsumtion nimmt er - ausgehend von der Differenzierung Erfahrungs- und Wertbegriff - einen gerichtsfreien Beurteilungsspielraum an.

Ähnlich wie Bachof nimmt auch Mahlmann⁴⁾ für den Bereich des Atomrechts einen Beurteilungsspielraum an. Seine Ansicht begründet er im wesentlichen mit der These, die Entscheidung bei der Beurteilung technischer Anlagen enthalte eine vorausschauende und im Kern unvertretbare Wertentscheidung, die besser von der Genehmigungsbehörde getroffen werden könne.

2. Übertragbarkeit auf das Immissionsschutzrecht?

Es bestehen in mehrerer Hinsicht Bedenken gegen die Übertragbarkeit der Lehre vom Beurteilungsspielraum auf das Immissionsschutzrecht⁵⁾.

1) vgl. Bachof, JZ 1972, S. 208 (Urteilsanmerkung)

2) Bachof, JZ 1955, S. 99

3) vgl. Bachof, JZ 1955, S. 99

4) in: 1. Deutsches Atomrechts-Symposium, S. 278

5) Deppe, Kontrolldichte, S. 40 hält die Lehre vom Beurteilungsspielraum grds. im Immissionsschutzrecht für anwendbar, was m.E. zweifelhaft ist. Vgl. auch Müller-Glöge, Immissionsprognosen, S. 99 und Ipsen, AöR 107 (1982), S. 291

Grundlegende Vorbedingung für die Lehre vom Beurteilungsspielraum ist eine Theorie der Rechtsanwendung, die von der Erkenntnis des Rechts in einem formal logischen Verfahren ausgeht¹⁾. Dieses Verfahren gliedert sich in Auslegung des unbestimmten Gesetzesbegriffs, Ermittlung des Sachverhalts und Anwendung des Begriffs auf den Sachverhalt²⁾. Problematisch erscheint nun die Tatsache, daß gerade im Immissionsschutzrecht hochkomplexe Rechtsanwendungsaufgaben zu lösen sind. Es erscheint deshalb äußerst fraglich, ob die Theorie der dreigliedrigen Rechtsanwendung, die exakt zwischen den einzelnen Ebenen differenziert, haltbar ist.

Das mögen folgende Ausführungen verdeutlichen:

Auf der ersten Stufe der Rechtsanwendung geht es um die Auslegung des unbestimmten Gesetzesbegriffs. Bezogen auf das BImSchG bedeutet dieses, daß der Rechtsanwender den subsumtionsfähigen Kern des unbestimmten Gesetzesbegriffs wie etwa der "schädlichen Umwelteinwirkungen" näher im Sinne der gesetzgeberischen Zielvorstellungen konkretisieren muß³⁾.

Unter die so ausgelegten Gesetzesbegriffe ist - entgegen den konventionellen Rechtsanwendungsprozessen - anstelle tatsächlicher Gegebenheiten eine zukünftige, hochkomplexe Situation zu subsumieren⁴⁾.

Das folgt einmal aus der Tatsache, daß eine noch zu errichtende Anlage genehmigt werden soll. Zum anderen aus den Formulierungen "nicht hervorgerufen werden können" in § 5 Nr. 1 BImSchG. Der Rechtsanwender ist deshalb gezwungen, die bei Errichtung und Betrieb der projektierten Anlage eintretenden Emissionen im voraus zu ermitteln, die daraus resultierenden Immissionen mit den zukünftigen Vorbelastungswerten zu addieren und ihre Wirkungen bezüglich Menschen und Tieren, Pflanzen und sonstigen Sachen zu untersuchen⁵⁾.

1) vgl. Schimke, Beurteilungsspielraum, S. 59; Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften, S. 329; Walter Schmidt, Gesetzesvollziehung, S. 119 f.; anders Bachof, JZ 1955, S. 99

2) vgl. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 260 f.; Zippelius, S. 107; Engisch, S. 69

3) vgl. allgemein auch Larenz, aaO. S. 307; Walter Schmidt, aaO. S. 120

4) so auch BVerwG, DVBL 1978, S. 596; Müller-Glöge, Immissionsprognosen, S. 33

5) vgl. BVerwG, DVBL 1978, S. 596; ferner Engelhardt, § 6 BImSchG, Rn 2

Diese sogenannte Immissionsprognose stellt sich wegen der begrenzten menschlichen Erkenntnisfähigkeit sowie sonstiger Probleme bei der Sachverhaltsermittlung als außerordentlich schwierig dar und erfordert im übrigen eine Bewertung des Rechtsanwenders¹⁾. Überträgt man die von Bachof vertretene Ansicht auf das Immissionsschutzrecht, so ist die Auslegung des unbestimmten Gesetzesbegriffs vollinhaltlich überprüfbar, während der Subsumtionsschluß, das heißt, die Anwendung des Begriffs auf den konkreten Einzelfall, jedenfalls bei Wertbegriffen gerichtlich nicht nachprüfbar ist²⁾.

Gerade diese Trennung erweist sich aber im Immissionsschutzrecht wegen der Komplexität als äußerst schwierig. Denn die für den Syllogismus maßgeblichen Begriffe wie "schädliche Umwelteinwirkungen" und "Stand der Technik" müssen vom Rechtsanwender in Hinsicht auf die mit ihm verbundenen Rechtsfolgen, aber auch mit Blick auf den vorliegenden Lebensvorgang aufbereitet und damit für die Konfrontation mit dem konkreten Fall vorbereitet werden³⁾.

Die Auslegung des Gesetzes ist daher untrennbar verbunden mit der Würdigung des - durch die Immissionsprognosen hochkomplex gewordenen - Sachverhalts einerseits⁴⁾ und mit einem Vorverständnis der mit dem Gesetz verfolgten Ordnungsziele und Zwecke andererseits⁵⁾.

Auslegung und Subsumtion berühren sich daher und stehen in gegenseitiger Wechselwirkung zueinander. Im Ergebnis ist die Subsumtion als die gedankliche Schlußoperation der Auslegung anzusehen⁶⁾.

Legt man ein derartiges Verständnis des Rechtsfindungsprozesses zugrunde, so muß bei vollinhaltlicher Überprüfbarkeit der Auslegung unbestimmter Gesetzesbegriffe zwangsläufig auch der Subsumtionsschluß überprüfbar sein.

1) vgl. dazu Richter, ET 1982, S. 140; Feldhaus, DVBL 1981, S. 170 zum "Stand der Technik"; Hoppe, BVerwG-FS, S. 308 f.; Deppe, Kontrollrichte, S. 10

2) vgl. dazu Bachof, JZ 1955, S. 99 f.

3) vgl. Esser, Vorverständnis, S. 50; Hoffmann-Riem, JZ 1972, S. 297; Walter Schmidt, Gesetzesvollziehung, S. 121: "Zirkel der Interpretation"

4) vgl. dazu Korbmacher, DöV 1965, S. 699; Müller-Glöge, Immissionsprognosen, S. 99; vgl. zu den Subsumtionsschwierigkeiten auch Hoppe, BVerwG-FS, S. 298

5) siehe Larenz, aaO. S. 133 f.

6) ähnlich Czermak, JUS 1968, S. 400; ferner Korbmacher, DöV 1965, S. 699; Horn, DVBL 1977, S. 15; Obermayer, BayVBL 1975, S. 258

Bereits aus diesem Grunde sprechen Bedenken gegen eine Übertragbarkeit der Lehre vom Beurteilungsspielraum auf das Immissionschutzrecht.

Hinzu kommen noch andere Bedenken. Einerseits dürfte das Problem der Anwendung unbestimmter Gesetzesbegriffe dadurch noch komplizierter werden, daß nach Bachof die Entscheidung zwischen Wert- und Erfahrungsbegriffen zu treffen ist. Die Problematik verlagert sich daher auf die vollinhaltlich überprüfbare Qualifizierung eines Gesetzesbegriffs als Wert- bzw. Erfahrungsbegriff.

Damit scheint für eine Kontrollrestriktion im Ergebnis wenig gewonnen zu sein, da mit zeitlichen Verkürzungen des Verfahrens kaum zu rechnen ist.

Andererseits haben Vallendar¹⁾ und Müller-Glöge²⁾ unlängst nachgewiesen, daß die Rechtsanwendungsschwierigkeiten im Immissionsschutzrecht im tatsächlichen Bereich liegen. Die Lehre Bachofs, die von einer vollinhaltlichen Überprüfung der tatsächlichen Gegebenheiten ausgeht, würde diese Schwierigkeiten nicht beseitigen.

Insgesamt sprechen daher erhebliche Bedenken gegen die Annahme, eine Kontrollrestriktion sei auf der Grundlage der Lehre vom Beurteilungsspielraum im Immissionsschutzrecht möglich.

III. Die Lehre vom Beurteilungsspielraum kraft Natur der Sache (Fiedler, Wagner u.a.)

Die Lehre³⁾ vom Beurteilungsspielraum kraft Natur der Sache zählt zu den neueren Ansätzen im Immissionsschutzrecht und bedarf wegen ihrer Aktualität einer gesonderten Darstellung.

Obwohl eine Kontrollrestriktion kraft Natur der Sache expressis verbis nur von wenigen Autoren gefordert wird⁴⁾, spielt dieser Gedanke, der letztlich auf die begrenzte Erkenntnisfähigkeit der

1) vgl. Vallendar, GewArch 1981, S. 281

2) Müller-Glöge, Immissionsprognosen, S. 36 f.

3) Die Bezeichnung "Lehre" wurde gewählt, da das Problem der "Natur der Sache" in zahlreichen Veröffentlichungen anklingt und insoweit keine Einzelentscheidung ist.

4) vgl. etwa Fiedler, ET 1982, S. 580 f.; Wagner, DöV 1980, S. 272; Kopp, WUV 1983, S. 20; ders. UPR 1982, S. 48; vgl. für das Atomrecht etwa Wagner, BB 1982, S. 213

Richter bei technischen Zweifelsfragen zurückzuführen ist, unausgesprochen bei zahlreichen Veröffentlichungen eine Rolle¹⁾.

Es erscheint daher geboten, diese Ansätze auf ihre Vertretbarkeit hin zu überprüfen.

1. Kompetenz aus Sachnähe als Begründungselement?

Soweit ersichtlich wird die detaillierteste Begründung von Fiedler gegeben²⁾.

Er geht zunächst im Ansatz davon aus, daß ein eventueller Freiraum der Verwaltung nach der Regelungsmaterie bestimmt werden müsse. Es komme daher im wesentlichen darauf an, der gesetzlich umrissenen bzw. vorausgesetzten Materie gerecht zu werden³⁾. Gehe man hiervon aus, so erweise sich als Besonderheit der Genehmigungen nach dem BImSchG und AtomG eine erhebliche Dominanz wissenschaftlicher Erkenntnisse auf allen Entscheidungsstufen, wie sie aus anderen Bereichen des Rechts nicht mit derselben Intensität bekannt seien.

Als rechtliche Folge dieses verdichteten Einbruchs wissenschaftlicher Erkenntnisse in den Vorgang der Verwaltungsentscheidung habe sich eine dogmatische Unzulänglichkeit herkömmlicher Lösungsmöglichkeiten (Lehre vom Beurteilungsspielraum, Gesichtspunkt der Gewaltenteilung etc.) gezeigt⁴⁾.

Diese Überlegungen veranlassen Fiedler dazu, den Beurteilungsspielraum aus Sachnähe zu kreieren, den er im wesentlichen auf die Sachnähe der Verwaltung zu wissenschaftsabhängigen Normbereichen stützt. Daneben führt er für seine Auffassung noch einige Gesichtspunkte an, die in Form eines "Katalogs" aufgelistet werden⁵⁾.

1) vgl. nur Schmitt Glaeser, Der Landkreis 1977, S. 446; Feuchte, Der Staat 1977, S. 307; Ossenbühl, DÖV 1980, S. 552; ders. in: VENERG Bd. 41/42, S. 42, 52; Wagner, NJW 1980, S. 667; Tettinger, DVBL 1982, S. 433; Ule, BB 1976, S. 447; Feldhaus, UPR 1982, S. 142; vgl. für das Atomrecht etwa Fürst, atw 1981, S. 69; Richter, ET 1982, S. 142; Mahlmann in: 1. Deutsches Atomrechts-Symposium, S. 278

2) siehe ET 1982, S. 580 f.

3) vgl. Fiedler, ET 1982, S. 582

4) Fiedler, aaO. S. 582, 580; in diesem Sinne auch van Buiren/Ballerstedt/Grimm, aaO. S. 59; Kopp, UPR 1982, S. 48; Rehbinder in: Salzwedel, Grundzüge des Umweltrechts, S. 249; mißverständlich Plagemann/Tietsch, RuS 498/499, S. 31, die zwar eine Entscheidungsprärogative ablehnen, aber dennoch von "Grenzen" sprechen.

5) vgl. Fiedler, ET 1982, S. 582; tendenziell auch JZ 1979, S. 186 (Urteilsanmerkung)

Fiedler räumt jedoch selbst ein, daß sich eine Begrenzung der Gerichtskontrolle nur dann rechtfertigen lasse, als eine der Rechtsgefährdung (durch Großvorhaben)¹⁾ entsprechende Ausgestaltung des Verwaltungsverfahrens erzielt werden könne. In diesem Zusammenhang sei die jeweilige argumentative Einbeziehung von Parallelgremien, Gegen- und Mindermeinungen sowie die Bewahrung der Exekutive vor "politischen" Grundsatzentscheidungen zu fordern²⁾.

Unter diesen Voraussetzungen beschränkt sich nach Fiedler der Rechtsschutz im wesentlichen auf die Kontrolle des Verfahrens³⁾.

2. Kritische Würdigung

Zwar hat die Ansicht Fiedlers im Schrifttum weder Zustimmung noch Ablehnung gefunden⁴⁾. Es sprechen aber eine Reihe von Bedenken gegen diese Auffassung.

a) Der Wille des Gesetzgebers

Fiedler geht zunächst von der zutreffenden Überlegung aus, daß ein Beurteilungsspielraum nach der Regelungsmaterie bestimmt werden muß⁵⁾. Ebenfalls zutreffend ist die Tatsache der Dominanz wissenschaftlich-technischer Erkenntnisse im Umweltschutzrecht und die Notwendigkeit ihrer Instrumentalisierung⁶⁾.

Äußerst zweifelhaft erscheint aber der Schluß von der (angeblichen) Sachnähe der Verwaltung zu wissenschaftsabhängigen, technisch geprägten Normbereichen auf eine Kompetenz der Genehmigungsbehörden zur letztverbindlichen Entscheidung. Ein solcher Schluß wäre nur dann haltbar, wenn die materiellen Genehmigungsvoraussetzungen des BImSchG dafür einen Anhaltspunkt liefern. Derartige Anhaltspunkte werden aber von Fiedler nicht vorgetragen.

Es kommt hinzu, daß die Genehmigungsvoraussetzungen des BImSchG nach dem Willen des Gesetzgebers unbestimmte Gesetzesbegriffe enthalten, die vollinhaltlich überprüfbar sind⁷⁾. Das gilt grundsätz-

1) eigene Hinzufügung

2) Fiedler, aaO. S. 584

3) Fiedler, aaO. S. 583

4) erwähnt bei van Buiren/Ballerstedt/Grimm, S. 43

5) so Fiedler, aaO. S. 583

6) vgl. Fiedler, aaO. S. 583

7) siehe BT-Drucksache 7/179, S. 31

lich auch für die Bereiche, in denen mit Hilfe einer Verweisung auf den Stand der Technik (§ 5 Nr. 2 BImSchG) ein besonders enges Verhältnis zum technischen Sicherheitsrecht geknüpft worden ist¹⁾.

Zwar besteht zwischen Recht und Technik ein Spannungsverhältnis, das im wesentlichen auf den unterschiedlichen Gesetzmäßigkeiten beider Bereiche beruht²⁾. So ist das Recht dem Sollensbereich, die Technik dem Seinsbereich zuzurechnen³⁾. Zudem markiert der Rechtsbegriff des Standes der Technik einen Bereich, der, wie Fiedler zutreffend ausführt, ansich zur originären Kompetenz der Techniker und Naturwissenschaftler gehören muß⁴⁾.

Die Tatsache, daß dieser Befund durch den Gesetzgeber rechtlich nur schwer fassbar ist und bei der Rechtsanwendung zu erheblichen Schwierigkeiten führen kann, rechtfertigt aber nicht die Annahme, die letztverbindliche Entscheidungsbefugnis sei aus Gründen besonderer Sachnähe mittels einer bloßen Verweisung auf den Stand der Technik auf die administrative Ebene vorverlagert worden⁵⁾. Ein solcher Schluß wäre nur dann gerechtfertigt, wenn der Wille des Gesetzgebers sowie Sinn und Zweck des BImSchG in die Überlegungen mit einbezogen würden. Solche Überlegungen werden aber von Fiedler nicht angestellt, er knüpft vielmehr isoliert an das Argument der Sachnähe der Verwaltung an.

Dabei übersieht er, daß gerade der Wille des Gesetzgebers bei oberflächlicher Betrachtung zunächst gegen die von ihm vertretene Auffassung spricht.

b) Sonstige Anhaltspunkte für eine Kompetenzbegründung

Auch die übrigen Gesichtspunkte, die von Fiedler vorgetragen werden, sind nicht geeignet, eine Entscheidungsbefugnis der Behörde aus der Natur der Sache zu rechtfertigen.

1) vgl. dazu Breuer, AöR 101 (1976), S. 72; ferner Marburger, WUV 1981, S. 256

2) vgl. Backherms, JUS 1980, S. 9; Fischerhof, NJW 1969, S. 1193 f.; Winkler v. Mohrenfels, ZRP 1980, S. 86

3) so Lukes, ET 1983, S. 5

4) so auch Papier, Bitburger Gespräche, S. 86; vgl. zum Regelungsdefizit auch Marburger, Bitburger Gespräche, S. 53

5) wie hier Breuer, AöR 101 (1976), S. 77; vgl. auch Erichsen, DVBL 1985, S. 26; Quambusch, ZBR 1976, S. 276; Backherms, JUS 1980, S. 13

Das gilt zum einen für die durchgehende Wissenschafts- bzw. Technologieabhängigkeit auf allen Stufen des Genehmigungsverfahrens und zum anderen für die von Fiedler aufgeführten sechs Punkte zur Begründung seiner Ansicht. Begriffe wie "Stand der Technik" sorgen dafür, daß sich die rechtliche Regelung und damit auch die Entscheidung im Einzelfall an die wissenschaftlich-technische Entwicklung dynamisch anpaßt und damit auch einem dynamischen Grundrechtsschutz dient¹⁾.

Es ist kein Grund dafür ersichtlich, warum sich aus dieser legitimen normativen Verweisung ein Letztentscheidungsrecht der Behörde ergeben soll. Allein die Tatsache, daß Richter deshalb möglicherweise an natürliche Grenzen ihrer Nachprüfungspflicht geraten, dürfte zur Annahme exekutivischer Gestaltungsspielräume kaum ausreichen. Daß der Richter Sachverhalte beurteilen muß, für deren Verständnis Sachverstand erforderlich ist, den er nicht ohne weiteres hat, ist forensischer Alltag²⁾,

Dem ersten Anschein nach sprechen vielmehr eher Gründe für eine besonders intensive Kontrolle gerade in diesem Bereich. Denn in den Bereichen technischer Großprojekte werden in hohem Maße Grundrechte tangiert. Es ist daher aus Gründen der Effektivität ein Rechtsschutz erforderlich, der den von der Technik betroffenen Grundrechten zur Durchsetzung verhilft. Ansonsten würde der von der Rechtsprechung propagierte dynamische Grundrechtsschutz und das Gebot des Art. 19 Abs. 4 GG weitgehend leerlaufen³⁾. Eine Kontrollrestriktion läßt sich daher nicht allein mit dem pauschalen Hinweis auf wissenschaftliche Einbrüche im Bereich des Genehmigungsverfahrens begründen, sondern erfordert aus Gründen der Rechtsschutzgarantie eine sorgfältige Analyse der vorhandenen Normen und die dann noch zu treffende Entscheidung über abgestufte Kontrollmaßstäbe⁴⁾. Soweit sich Fiedler auf die sonstigen, von ihm vorgetragenen Punkte stützt, liefern auch diese keine ausreichende Argumentationsbasis für eine Kontrollrestriktion.

1) so BVerfGE 49 (89), 137; ferner Wagner, NJW 1980, S. 667; Benda, ET 1981, S. 871, 872; Marburger, WUV 1981, S. 245; vgl. aber auch kritisch Roßnagel, NVwZ 1984, S. 137 (für Atomrecht)

2) so Hofmann, UPR 1984, S. 83; vgl. auch Nierhaus, DVBL 1977, S. 25; Czajka, DÖV 1982, S. 100; Hofer-Zeni, Ermessen, S. 23

3) vgl. auch Fn 1)

4) vgl. dazu Hoppe, DVBL 1974, S. 691

Zunächst ist nicht nachvollziehbar, inwieweit etwa ein Gesichtspunkt wie "die zentrale Informationsmöglichkeit auch im internationalen Bereich" oder "die Kontroll- und Fortschreibungsmöglichkeit in wissenschaftlicher Entwicklung" einen Bezug zur Frage der Sachkompetenz aufweist.

Der von Fiedler vorgestellte "Katalog" ist insofern unklar und der Zusammenhang zur Kompetenz aus Sachnähe in diesen Punkten nicht verständlich.

Die Gesichtspunkte Fiedlers mögen in einigen Bereichen erstrebenswert sein, es ist aber nicht ersichtlich, daß sie irgendwie aus den materiellen Genehmigungsvoraussetzungen des BImSchG ableitbar sind. Dort liegt aber - wie bereits mehrfach betont - der rechtliche Hebel für eine Kontrollrestriktion.

c) Kontrollbegrenzung auf die Einhaltung des Verfahrensrechts?

Im übrigen ist auch der mit der Annahme eines Beurteilungsspielraums verbundene Vorschlag Fiedlers einer reinen, auf das Verfahren beschränkten Rechtskontrolle, de lege lata zweifelhaft. Diese Idee, die vorzugsweise im anglo-amerikanischen Rechtssystem anzutreffen ist, könnte bei uns auf rechtliche Schwierigkeiten stoßen¹⁾, was Fiedler selbst einräumt²⁾. Es bedarf daher an dieser Stelle keiner weiteren Auseinandersetzung mit den - jedenfalls in diesem Punkt - rechtspolitischen Anregungen Fiedlers.

Zusammenfassend kann gesagt werden, daß die Ansicht Fiedlers aus dem normativen Gefüge des BImSchG nicht herleitbar ist. Sie stößt zudem an die Grenze des Art. 19 Abs. 4 GG und ist daher abzulehnen.

3. Natürliche Grenzen richterlicher Erkenntnisfähigkeit als Begründungselement?

Ähnlich wie Fiedler befürworten auch Wagner und Kopp einen Beurteilungsspielraum kraft Natur der Sache, den sie nicht nur auf das Atomrecht beschränken, sondern allgemein auf das Genehmigungsverfahren umwelt-

1) siehe dazu unten § 9

2) ablehnend auch Ipsen, AöR 107 (1982), S. 290; ferner Sellner, BauR 1980, S. 402

relevanter Großvorhaben ausdehnen wollen¹⁾. Wagner geht davon aus, bei der Bemessung von Art und Umfang der Schadensvorsorge, insbesondere bei der Interpretation des Begriffspaares Stand von Wissenschaft und Technik müsse von einem verfassungsrechtlich abgestützten "Beurteilungsspielraum kraft Natur der Sache" ausgegangen werden. Ein solcher Spielraum sei dem sachverständigen Naturwissenschaftler und der Exekutive insoweit zuzubilligen, als der Sachverständige für sie tätig werde und die Exekutive seine Aussage übernehme²⁾.

Ähnlich ist auch die Auffassung von Kopp³⁾, der von einem "natürlichen Entscheidungsvorgang" spricht.

Da Wagner und Kopp ihre Ausführungen nicht nur auf das Atomrecht beschränken, gelten die Überlegungen sinngemäß für die Schadensvorsorge nach dem BImSchG, insbesondere für die Ermittlung des Standes der Technik (§ 5 Nr. 2 BImSchG).

Im Gegensatz zu Fiedler, der sich ausschließlich auf die wissenschaftliche Dominanz im Genehmigungsverfahren beruft, baut Wagner zusätzlich seine Argumentation stärker auf der Funktion und der Stellung des Sachverständigen auf. Für ihn ist zunächst die Überlegung entscheidend, daß es bei der Bewertung naturwissenschaftlich-technischer Sachverhalte im Rahmen unbestimmter Gesetzesbegriffe (z.B. bei der Abschätzung technischer Risiken und insbesondere ihrer Eintrittswahrscheinlichkeit) natürliche Grenzen richterlicher Nachprüfungspflicht gebe.

Dies folge daraus, daß das Gericht nicht in der Lage sei, technische Standards und wissenschaftliche Risikoanalysen selbst sachverständig zu beurteilen⁴⁾. Die Ermittlung dieser Umstände falle vielmehr in den Bereich der originären Sachkompetenz der Naturwissenschaftler und Techniker, die den Behörden und Gerichten formal als Entscheidungshelfer zur Verfügung stünden⁵⁾. Diese besondere Bedeutung des Sachverständigen im Verwaltungsverfahren und verwaltungsgerichtlichen Verfahren über technische Großanlagen eröffne dem Sachverständigen bei der Beurteilung unbe-

1) vgl. Wagner, DÖV 1980, S. 217; ders. in BB 1982, S. 211; ders. in NJW 1980, S. 667; vgl. auch Wagner/Nobbe, ZfU 1980, S. 514, 515; vgl. ferner Kopp, UPR 1982, S. 48

2) Wagner, BB 1982, S. 213

3) Kopp, UPR 1982, S. 48

4) vgl. Wagner, NJW 1980, S. 667; ähnlich Kopp, UPR 1982, S. 48

5) Wagner, BB 1982, S. 211, 212

stimmter Gesetzesbegriffe Interpretationsspielräume, die praktisch den Möglichkeiten einer Letztentscheidung nahekämen¹⁾.

Da im übrigen das Recht zur originären Sachkompetenz sowie die Freiheit des Wissenschaftlers durch Art. 5 Abs. 3 GG besonders geschützt seien, müsse das Gericht den Stand von Wissenschaft und Technik als außerjuristisch formulierten Erkenntnis- und Entwicklungsstand akzeptieren.

Deshalb sei ein aus der originären Sachkompetenz des Naturwissenschaftlers fließendes Entscheidungsvorrecht anzuerkennen²⁾. Soweit die Genehmigungsbehörde die Aussage des Naturwissenschaftlers übernehme, folge daraus ein Bewertungsvorrecht der Genehmigungsbehörde. Bezogen auf die Frage der Kontrollrestriktion befürwortet Wagner eingeschränkte Kontrollmöglichkeiten, die sich beispielsweise darin zeigen, daß der Richter nicht mehr in naturwissenschaftlichen Streitfragen eintreten solle³⁾.

4. Kritische Würdigung

Es bestehen Bedenken hinsichtlich der Annahme eines Beurteilungsspielraums kraft Natur der Sache.

Soweit Wagner die begrenzte menschliche Erkenntnisfähigkeit sowie die in den unbestimmten Gesetzesbegriffen enthaltenen Verweisungen auf den Stand der Technik zur Grundlage seiner Argumentation macht, stehen dem die bereits im Zusammenhang mit der Begründung von Fiedler vorgebrachten Argumente entgegen.

Zwar sind die Probleme des technischen Sicherheitsrechts und des fehlenden Sachverständes der Richter nicht von der Hand zu weisen. Letztlich kann daraus allein jedoch kein Beurteilungsspielraum hergeleitet werden⁴⁾.

Auch die sonstigen Argumente Wagners liefern keinen zutreffenden Ansatz für die Annahme exekutivischer Gestaltungsspielräume.

1) vgl. Wagner/Nobbe, ZfU 1980, S. 515; vgl. ferner Wagner, BB 1982, S. 211

2) Wagner, BB 1982, S. 213

3) vgl. dazu den "Katalog" Wagners in BB 1982, S. 213

4) a.A. van Buiren/Ballerstedt/Grimm, S. 59; vgl. auch Kopp, UPR 1982, S. 48

Das gilt zunächst für den originären Sachverstand der Naturwissenschaftler, der verfassungsrechtlich abgesichert sein soll. Es ist keine zutreffende Begründung dafür ersichtlich, warum aus Art. 5 GG ein Recht der Behörde zur Letzterkenntnis hergeleitet werden sollte. Einerseits belegen Wagners Ausführungen, daß der technische Sachverstand der Behörde eben nur "geliehener" Sachverstand ist. Ein Entscheidungsvorrecht der Behörde läßt sich daher nicht mit der angeblichen Kompetenz der Behörde begründen¹⁾.

Andererseits ist auch aus Art. 5 Abs. 3 GG nichts für die Frage der Kontrollrestriktion ableitbar.

Art. 5 Abs. 3 GG hat nach allgemeiner Ansicht eine Doppelfunktion: die Verkörperung einer objektiven, das Verhältnis von Wissenschaft, Forschung und Lehre regelnden wertentscheidenden Grundsatznorm sowie die Garantie eines individuellen Freiheitsrechts für jeden, der in diesem Bereich tätig ist²⁾.

Aus dieser Doppelfunktion lassen sich keinerlei Argumente für einen Beurteilungsspielraum herleiten. Grundrechte sind ihrem Wesen nach als Abwehrrechte konzipiert, sind aber in keiner Weise für Rückschlüsse auf einen möglichen Beurteilungsspielraum geeignet. Die bloße Tatsache, daß Sachverständige bzw. Wissenschaftler in ihrer Betätigung verfassungsrechtlich geschützt sind, dürfte viel zu unbestimmt sein, um daraus irgendwelche Kontrollgrenzen herzuleiten. Ähnliches gilt für das Argument der hervorgehobenen Stellung der Sachverständigen im Verwaltungsverfahren und im Verwaltungsprozeß. Sachverständige erfüllen im Prozeß als Helfer des Gerichts eine legitime Aufgabe und mehr nicht.

Allein die Tatsache, daß Richter bei umweltrelevanten Großvorhaben in die Abhängigkeit von Sachverständigen geraten, läßt es zwar bedenklich erscheinen, ob Richter dadurch ihrer Funktion noch gerecht werden, ist aber für irgendwelche Kontrollgrenzen ungeeignet.

Insgesamt sprechen daher erhebliche Bedenken gegen die Annahme eines Beurteilungsspielraums kraft Natur der Sache.

1) wie hier Hofmann, UPR 1984, S. 83; ferner Breuer, DVBL 1978, S. 33

2) vgl. dazu v. Münch, Art. 5 GG, Rn 70; ferner Birker in Seifert/Hömig, Art. 5 GG, Rn 27, 28

IV. Eigener Standpunkt:

1. Einräumung einer Entscheidungsprärogative durch prognostische Elemente in den Genehmigungsvoraussetzungen

Ausgangspunkt einer Kontrollrestriktion muß die Erkenntnis sein, daß das Ausmaß der Rechtskontrolle von dem Maß der Rechtsbindung der Kontrollierten abhängt und daß dieses Maß in erster Linie der Gesetzgeber bestimmt. Es besteht deshalb eine Komplementarität von Tatbestandsstruktur des materiellen Rechtssatzes und judikativer Kontrolldichte¹⁾.

Die Annahme einer Kontrollrestriktion ist folglich nur dann haltbar, wenn die materiellen Genehmigungsvoraussetzungen des BImSchG dafür konkrete Anhaltspunkte liefern²⁾.

Inwieweit die Genehmigungsvoraussetzungen Rückschlüsse auf das Vorliegen behördlicher Entscheidungsprärogative und einer damit korrespondierenden Kontrollrestriktion zulassen, kann erst nach einer Analyse der Genehmigungsvoraussetzungen festgestellt werden.

a) Der prognostische Charakter der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung

Rückschlüsse auf das Vorliegen verwaltungsbehördlicher Entscheidungsvorrechte lassen möglicherweise prognostische Züge in der Genehmigung nach § 6 BImSchG zu.

Im Rahmen der Erteilung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung spielen Prognosen eine vielfältige Rolle, was dazu geführt hat, die Genehmigung nach § 6 BImSchG in die Gruppe der sogenannten Prognoseentscheidungen einzuordnen³⁾.

1) so auch Papier, Die Stellung, S. 34; vgl. zu diesem Ansatz auch Hoppe, DVBL 1975, S. 691

2) vgl. Schmidt-Aßmann, VVDStRL 34 (1976), S. 272; Papier, Bitburger Gespräche 1981, S. 90; Breuer, AöR 101 (1976), S. 76; Nierhaus, DVBL 1977, S. 25; Czajka, DöV 1982, S. 102

3) vgl. auch BVerwG, DVBL 1978, S. 596; Battis, JUS 1977, S. 163; Marburger, Regeln der Technik, S. 421 m.w.N.

Ohne hier im einzelnen genauer Stellung zu Art und Umfang der Immissionsprognose zu beziehen, soll diese Klassifizierung vorab genügen, da sie - ohne inhaltliche Substanz - schon teilweise dazu geführt hat, Entscheidungsvorrechte der Verwaltungsbehörde zu begründen.

b) Die bisherige Behandlung von Prognoseentscheidungen in Rechtsprechung und Literatur unter dem Aspekt der Kontrolldichte

Prognoseentscheidungen haben in den letzten Jahren in unterschiedlichem Ausmaß Literatur und Rechtsprechung beschäftigt. Es erscheint daher sinnvoll, die bisherige Behandlung von Prognoseentscheidungen zu untersuchen, um möglicherweise Rückschlüsse auf die hier behandelte Problematik zu gewinnen.

aa) Überblick über die Literatur

Ein Teil des Schrifttums will den Genehmigungsbehörden im Bereich der Prognoseentscheidungen einen gerichtlich nur beschränkt überprüfbaren Beurteilungsspielraum zugestehen und gelangt damit unter Zugrundelegung der materiellen Genehmigungsvoraussetzungen zu einer Kontrollrestriktion. Diejenigen Vertreter, die eine Kontrollrestriktion bei Prognoseentscheidungen befürworten, gehen von unterschiedlichen Ansätzen aus, die kurz dargestellt und auf ihre Vertretbarkeit hin überprüft werden sollen.

(1) Grundlagen

Zu den in der Literatur vertretenen Ansichten zählen die Auffassungen von Ossenbühl¹⁾, Feuchte²⁾ und Schmitt-Glaeser³⁾. Ossenbühl hat eine Typologie von Verwaltungsentscheidungen entwickelt, die seiner Ansicht nach gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbar sein sollen. Einer der von ihm aufgeführten Fälle, der auch für das Immissionsschutzrecht interessant

1) vgl. dazu Ossenbühl, DVBL 1974, S. 311; ferner Rengeling, JZ 1978, S. 457, der Ossenbühls Vorschlag für diskussionswürdig hält

2) vgl. Feuchte, Die Verwaltung 1977, S. 291 f.

3) vgl. Schmitt-Glaeser, Der Landkreis 1976, S. 448

sein könnte, ist die Prognoseentscheidung¹⁾. Ausgehend von der Fragestellung, wann und unter welchen Voraussetzungen ein Beurteilungsspielraum der Verwaltung anzunehmen ist, entwickelt Ossenbühl ein Recht der Verwaltung zur Letzterkenntnis, das er - jedenfalls teilweise - aus dem Gewaltenteilungsprinzip ableitet²⁾.

Ossenbühl geht zunächst davon aus, daß sich die heutige Verfassungsstruktur wesentlich geändert hat und führt als Beispiele dafür die Veränderungen der Gesellschaftsstruktur, den Aufstieg der Dritten Gewalt und Veränderungen im Verhältnis der Legislative zur Exekutive an³⁾. Deshalb seien heute unter dem Gesichtspunkt der "funktionsgerechten Organstruktur" größere Anforderungen an das Gewaltenteilungssystem zu stellen als nur die Sicherung der Freiheit und die Machtbalancierung. Ein verfassungsgerechtes Gewaltenteilungssystem erfordere deshalb, daß die Staatsfunktionen so verteilt sein müßten, daß die Staatsaufgabe und Entscheidungen auch von solchen Organen erledigt und getroffen würden, die nach ihrer inneren Struktur, Besetzung, Arbeitsweise, dem zu beobachtenden Entscheidungsprozeß etc. für die betreffende Aufgabe legitimiert und gerüstet seien⁴⁾.

Damit stellt sich für Ossenbühl das Problem der Anwendung unbestimmter Gesetzesbegriffe und die damit verbundene verwaltungsgerichtliche Kontrolldichte als Teilaspekt der Gewaltenteilung dar. Denn seinen Ausführungen kann entnommen werden, daß er unter dem Stichpunkt "funktionsgerechte Organstruktur" das Recht zur letztverbindlichen Entscheidung demjenigen zubilligen will, der nach seinem Verständnis des Gewaltenteilungsprinzips dafür verantwortlich ist.

Die Argumentationskette Ossenbühls lautet demnach: Gewaltenteilungsprinzip - funktionsgerechte Organstruktur - Verantwortlichkeit - Letztentscheidungsrecht. Daß diese so aneinander gereihte Argumentationskette

1) siehe Ossenbühl, DVBL 1974, S. 313; jetzt auch Ule, § 3 BImSchG, Rn 30

2) Ossenbühl, DVBL 1974, S. 313; ders. in: DÖV 1980, S. 548; ebenso Schmitt Glaeser, Der Landkreis 1976, S. 448; tendenziell auch Hofmann, UPR 1984, S. 83; ferner Scholz, VVDStRL 34 (1976), S. 159, 184; ders. in: Wirtschaftsaufsicht, S. 86 f.

3) Ossenbühl, DÖV 1980, S. 546 - 548; vgl. auch Tettinger, DVBL 1982, S. 421

4) so Ossenbühl, DÖV 1980, S. 549; ebenso Schmitt Claeser, Der Landkreis 1976, S. 448

richtig im Sinne Ossenbühls ist, beweisen seine Ausführungen zu den Prognoseentscheidungen an anderer Stelle¹⁾.

Ossenbühl geht nämlich davon aus, daß die Verantwortung z.B. bei Prognoseentscheidungen ausschließlich bei der Verwaltung liege. Denn die Verwaltung sei es, die letztlich bei einer Fehlerprognose mit schädlichen Folgen den Kopf hinzuhalten habe. Deshalb müsse bei unsicheren Prognosen über künftige Entwicklungen, die für ein gegenwärtiges Genehmigungsverfahren maßgeblich seien, im Zweifelsfall die Prognose der Verwaltung gelten, weil das Gericht der Verwaltung letztlich nicht die Verantwortung für das Eintreten der vorausgesetzten Umstände abnehmen könne²⁾.

Diese Ausführungen verdeutlichen, daß Ossenbühl das Letztentscheidungsrecht mit der Verantwortlichkeit für die Folgen einer fehlerhaften Entscheidung koppelt. Eine derartige Kopplung erscheint aber nur dann sinnvoll, wenn ihr als Vorverständnis unter dem Gesichtspunkt der "funktionsgerechten Organstruktur" das Gewaltenteilungsprinzip vorgeschaltet wird.

Ein ähnlicher Standpunkt wird von Feuchte vertreten. Feuchte gelangt ebenso wie Ossenbühl zu dem Ergebnis, bei Prognoseentscheidungen einen Beurteilungsspielraum der Verwaltung anzunehmen³⁾.

Zunächst geht er von der Fragestellung aus, ob und wo im Tatbestand einer Norm Merkmale vorkommen, für die es keine rechtlich faßbare einzig richtige Anwendung auf den Einzelfall gibt⁴⁾.

Auf diesem Weg gelangt er zum Immissionsschutzrecht, das bei der Frage der schädlichen Umwelteinwirkungen "eine Fülle von Wertungen und Abwägungen nicht nur medizinischer Art voraussetze"⁵⁾.

Die Annahme, in derartig wichtigen Fragen sei nur "eine" richtige Lösung vertretbar, sei als Grundlage für eine rechtsdogmatische Argumentation nicht geeignet⁶⁾. Es gehe speziell bei den Immissionsprognosen nicht nur darum, ein künftiges Ereignis vorherzusehen, sondern vor allem zu entscheiden, ob dieses Ereignis gebilligt, in Kauf genommen oder verhindert werden solle⁷⁾.

1) vgl. Ossenbühl, DVBL 1974, S. 313

2) so Ossenbühl in: VEnergR Bd. 41/42, S. 53

3) vgl. speziell für den Begriff der schädlichen Umwelteinwirkungen Feuchte, Der Staat 1977, S. 307

4) vgl. Feuchte, aaO. S. 298

5) so Feuchte, aaO. S. 300; ähnlich Schmitt Glaeser, Der Landkreis 1976, S. 448

6) Feuchte, aaO. S. 304

7) so Feuchte, aaO. S. 305, 306

Deshalb hieße es den Sinn der Gewaltenteilung zu verkennen, wollte man bei Würdigung der schädlichen Umwelteinwirkungen jeden Beurteilungsspielraum leugnen. Den Spielraum, welchen die Gerichte der Exekutive versagten, müßten sie zwangsläufig selbst ausfüllen. Deshalb würden sie Gefahr laufen, politische Entscheidungen zu treffen, was gegen das Gewaltenteilungsprinzip verstoße¹⁾.

Schließlich befürwortet auch Schmitt Glaeser ein Entscheidungsvorrecht der Behörde bei Prognoseentscheidungen²⁾.

Zusammenfassend erscheint nach den genannten Autoren die Anerkennung eines Beurteilungsspielraums bei Prognoseentscheidungen als die notwendige Folge eines richtig verstandenen Gewaltenteilungsprinzips. Abgeleitet aus dem Gesichtspunkt der funktionsgerechten Organstruktur plädieren alle Autoren für ein prinzipielles Verbot der Wahrnehmung oder Zuweisung von Funktionen, die der Struktur des Organs und der von ihm wahrzunehmenden Grundfunktion nicht entsprechen³⁾.

(2) Kritische Würdigung

Es ist fraglich, ob die dargestellten Ansichten zutreffend sind.

(a) Die funktionsgerechte Organstruktur und der Gewaltenteilungsgrundsatz als ungeeignete Begründungselemente

Zunächst erscheint es bedenklich, ob eine Kontrollrestriktion allein mit den globalen Hinweisen auf die funktionsgerechte Organstruktur und das Gewaltenteilungsprinzip begründet werden kann. Die Begriffe erscheinen nicht präzise genug, um allgemeingültige Maßstäbe für eine Kontrollrestriktion zu liefern. Zu Recht hat daher Hoppe⁴⁾ davor gewarnt, den gesamten Bereich der Prognose-

1) Feuchte, aaO, S. 307

2) vgl. etwa Schmitt Glaeser, Der Landkreis 1976, S. 448

3) so Schmitt Glaeser, aaO, S. 448 unter Berufung auf Hesse, Grundzüge, 10. Auflage, § 13 II, S. 197 f.; Feuchte, Der Staat 1977, S. 307; vgl. ferner Ossenbühl, DöV 1980, S. 548; neuerdings auch Hesse, Grundzüge, 13. Auflage, § 13 II, S. 187 f.

4) so zutreffend Hoppe in: DVBL 1975, S. 692; ebenso Erichsen, DVBL 1985, S. 26; Quambusch, ZBR 1976, S. 277; Nierhaus, DVBL 1977, S. 25

entscheidungen mit einigen abstrakten Formulierungen der Rechtskontrolle zu entziehen. Dafür ist der Begriff der "Verwaltungsverantwortung" zu unbestimmt und im übrigen auch von den Ausprägungen des materiellen Rechts abhängig¹⁾. Die Überlegung zur funktionsgerechten Organstruktur liefert daher nicht in jedem Fall administrativer Selbstständigkeit ein Argument zur Kontrollrestriktion, sondern allenfalls dort, wo die ausgelösten Folgen weit über den Einzelfall hinaus die administrative Vorbereitungs-, Stimmigkeits- und Folgenverantwortung trifft, d.h., wo ein Verwaltungsprogramm empfindlich gestört wird²⁾. Versucht man dieser Frage nachzugehen, so gelangt man in erster Linie zu dem eingangs geschilderten Befund der Überlastung der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Diese ist es also in erster Linie, die empfindlich gestört wird, nicht aber die Genehmigungsbehörden. Die bloße Tatsache, daß darüber hinaus Genehmigungsbehörden die Folgen einer möglichen Fehlprognose zu tragen haben (und deshalb verantwortlich sind), rechtfertigt nicht die Annahme einer empfindlichen Störung der Verwaltung und damit auch einer Kontrollrestriktion. Im übrigen ist es auch aus anderen Gründen zweifelhaft, ob das Kompetenzproblem zwischen Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit mit dem Gesichtspunkt der Verantwortlichkeit lösbar ist. Denn die Gerichte tragen nur die Rechtsverantwortung im Sinne des Art. 20 Abs. und 97 Abs. 1 GG. Ihre Aufgabe besteht folglich nicht darin, die Verwaltungsbehörden vor einer exekutivischen Fehlprognose, die aus einer falschen Einschätzung der Sachlage her resultiert, zu schützen³⁾.

(b) Unvereinbarkeit mit Art. 19 Abs. 4 GG

Neben diese Bedenken tritt ein weiteres, das eine globale Ableitung von Beurteilungsspielräumen aus dem Gewaltenteilungsprinzip bei Prognoseentscheidungen verbietet.

Jede Anerkennung eines gerichtsfreien Beurteilungsspielraums - auch bei Prognoseentscheidungen - muß sich an rechtsstaatlichen Grundsätzen

1) vgl. dazu Schmidt-Aßmann, VVDStRL 34 (1976), S. 227; Tettinger, Rechtsanwendung, S. 436; Czajka, DöV 1982, S. 102; Fiedler, ET 1982, S. 583

2) so auch Schmidt-Aßmann, VVDStRL 34 (1976), S. 253 Fn 111

3) in diesem Sinn auch Nierhaus, DVBL 1977, S. 25

und insbesondere an Art. 19 Abs. 4 GG messen lassen¹⁾. Art. 19 Abs. 4 GG gewährleistet lückenlosen Rechtsschutz, der effektiv sein muß²⁾. Die Anerkennung gerichtsfreier Beurteilungsspielräume führt zu einer prinzipiellen Verengung der Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG. Denn die Gerichte sind vor dem Hintergrund des Art. 19 Abs. 4 GG grundsätzlich zur vollständigen Überprüfung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht verpflichtet³⁾. Zwar sind auch Ausnahmen bekannt. Deshalb ist die Grenze einer umfassenden Rechtskontrolle dort angesiedelt, wo der eigenverantwortliche Entscheidungsspielraum der Verwaltung beginnt⁴⁾.

Eine Verengung der Rechtsschutzgarantie ist aber nicht mit der pauschalen Behauptung zu rechtfertigen, der Gesichtspunkt der funktionsgerechten Organstruktur, abgeleitet aus dem Gewaltenteilungsprinzip, erfordere bei Prognoseentscheidungen eine Kontrollrestriktion.

Entscheidend muß vielmehr - gerade vor dem Hintergrund des Art. 19 Abs. 4 GG - die Überlegung sein, daß das Maß der Rechtskontrolle von dem Maß der Rechtsbindung der Kontrollierten abhängt. Da dieses Maß wesentlich durch den Gesetzgeber bestimmt wird, ist davon auszugehen, daß die Entscheidung, inwieweit Art. 19 Abs. 4 GG zum Tragen kommt, im wesentlichen durch den Gesetzgeber festgelegt wird⁵⁾.

Nur wenn die materiellen Genehmigungsvoraussetzungen des BImSchG Anhaltspunkte für eine Kontrollrestriktion liefern, ist - eventuell unter Berücksichtigung anderer Umstände⁶⁾ - eine Kontrollrestriktion zulässig⁷⁾.

1) vgl. dazu Tettinger, DVBL 1982, S. 424; Czajka, DÖV 1982, S. 103; Hoppe, DVBL 1974, S. 687 für das Verhältnis Verwaltungsverantwortung - Verwaltungsrechtsschutz; für die gleichgelagerte Problematik im Atomrecht vgl. Richter, ET 1982, S. 142

2) vgl. BVerfGE 15, 282; 51, 284; BVerfG NJW 1973, S. 1493; Schmidt-Bleibtreu/Klein, Art. 19 GG, Rn 16

3) BVerfGE 15, 282; vgl. auch Hendrichs in: v. Münch, Art. 19 GG, Rn 51; Stern, StaatsR, § 20, S. 851

4) so auch Stürer, DVBL 1974, S. 314

5) vgl. Papier, Die Stellung, S. 34 unter Berufung auf Bettermann, AöR 96 (1971), S. 559; vgl. auch Deppe, Kontrollrichte, S. 88; Marburger, Regeln der Technik, S. 420; Ossenbühl, VEngrR Bd. 41/42, S. 61

6) siehe unten § 6 IV 1 d

7) so auch Hoppe, BVerwG-FS, S. 310; anders (für Atomrecht) Richter, ET 1982, S. 143

Der Gesichtspunkt des Gewaltenteilungsprinzips oder der pauschale Hinweis auf prognostische Elemente in den Genehmigungsvoraussetzungen allein vermögen demgegenüber eine Kontrollminimierung nicht zu rechtfertigen.

Die Verwaltungsgerichtsbarkeit wird vom Rechtsschutzauftrag des Art. 19 Abs. 4 GG als einer ihrer Hauptpfeiler geprägt¹⁾.

Dieser Auftrag darf nicht dadurch unterlaufen werden, daß mit Hilfe des weit und relativ konturenlos gefaßten Gewaltenteilungsprinzips oder mit Pauschalhinweisen auf Prognoseelemente gerichtsfreie Beurteilungsspielräume geschaffen werden.

(c) Die Gefahr des Verlustes der Rechtsfortbildung

Schließlich ist an dieser Stelle auch noch darauf hinzuweisen, daß mit Schaffung kontrollfreier Räume die Gefahr des Verlustes der richterlichen Rechtsfortbildung in wichtigen Bereichen besteht. Das Verhältnis zwischen Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit ist nicht ausschließlich durch Eingriffe der Judikative in den Bereich der Administrative gekennzeichnet²⁾. Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit begegnen sich vielmehr in ihrer gemeinsamen Verantwortung für das Recht, die sie arbeitsteilig wahrnehmen³⁾. Zu den wesentlichen und unverzichtbaren Aufgaben der Rechtsprechung gehört es dabei, die Einzelfallgerechtigkeit anzustreben und dazu Unterscheidungen vorzunehmen, wie sie in diesem Umfang nicht Aufgabe des Gesetzgebers ist⁴⁾.

Dem Gesetzgeber obliegt eine generelle Richtungsweisung, der Rechtsprechung die rechtsfortbildende Aufgabe, Differenzierungen vorzunehmen und dabei die Verwaltung zu kontrollieren.

Diese legitime und wesentliche Aufgabe der Rechtsprechung könnte in dem Maße eliminiert werden, wie gerichtsfreie Spielräume geschaffen werden. Dafür bedarf es jedenfalls eines wichtigeren Grundes als des globalen Hinweises auf die funktionsgerechte Organstruktur.

1) so Schmidt-Aßmann, VVDStRL 34 (1976), S. 234, 235; zur Problematik des Art. 19 IV GG vgl. auch Albers in: Hauff, Gerichtsentscheidungen, S. 92

2) darauf weist Hoppe, DVBL 1975, S. 692 hin

3) vgl. Schmidt-Aßmann, VVDStRL 34 (1976), S. 237

4) so auch Sandler, ZRP 1979, S. 229

(d) Der untaugliche Gedanke der "Natur der Sache"

Speziell gegen die Ansicht von Ossenbühl bestehen aber auch aus anderen, teilweise erörterten Gründen Bedenken. Ossenbühl beruft sich zur Begründung seiner Auffassung auf ein Urteil des OVG Münster¹⁾. Kernfrage dieses Rechtsstreits war das Problem, ob eine Hausanschlußleitung erneuerungsbedürftig sei oder nicht.

Die zentralen Urteilspassagen werden von Ossenbühl folgendermaßen zitiert:

"Bei der Beurteilung der Frage, ob eine Hausanschlußleitung wegen technischer Mängel erneuerungsbedürftig ist, steht der Beklagten (der Gemeinde) ein Einschätzungsspielraum zu. Denn selbst nach Ausschöpfen aller technischer Erkenntnisquellen ist eine sichere Prognose, zu welchem Zeitpunkt ein über 40 Jahre im Erdreich liegendes Bleirohr reißen wird, nicht möglich. Deshalb liegt es in der Natur der Sache (!)² daß den Schätzenden ein Spielraum eingeräumt werden muß, den das Gericht zu respektieren hat".

Unter Berücksichtigung dieses Urteils gibt es für Ossenbühl keine logische Erklärung, warum der Fall eines Kraftwerks anders zu behandeln sei, als der einer Hausanschlußleitung³⁾.

Die Ausführungen Ossenbühls verdeutlichen m.E., daß es ihm im Grunde genommen wohl nicht so sehr um das gewaltenteilungsmäßig begründete Verhältnis zwischen Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit als vielmehr um das Problem geht, daß Gerichte es sich "zutrauen, eine noch viel kompliziertere Prognose ...durch eine eigene zu ersetzen"⁴⁾. Letztlich spricht Ossenbühl mit seinen Überlegungen das allgemeine Problem der Letztverbindlichkeitsentscheidung von Richtern im technischen Zweifelsfall und deren Abhängigkeit von Sachverständigen an⁵⁾.

1) OVG Münster, DB 1974, S. 2106

2) das Ausrufungszeichen wurde von Ossenbühl hinzugefügt, vgl. Ossenbühl, VEnergR Bd. 41/42, S. 52

3) so Ossenbühl, VEnergR Bd. 41/42, S. 52

4) Ossenbühl, aaO. S. 52

5) vgl. Ossenbühl, DÖV 1980, S. 552; anders werden allerdings Ossenbühls Ausführungen von Meyn, JA 1980, S. 331 und Müller-Glöße, Immissionsprognosen, S. 104 gedeutet

Es wurde aber bereits an anderer Stelle auf die Unbrauchbarkeit der Lehre vom Beurteilungsspielraum kraft Natur der Sache hingewiesen, so daß insoweit verwiesen werden kann.

Im übrigen kann das Problem des technischen Sicherheitsrechts nicht durch Zurückgreifen auf vage Formeln wie "allgemeiner Gewaltenteilungsgrundsatz" und "funktionsgerechte Organstruktur" gelöst werden. Das Argument fehlender rechtlicher Faßbarkeit auf Grund mangelnder Sachkunde der Richter kann nur dann für eine Kontrollrestriktion maßgeblich sein, wenn sich keine Kollision mit rechtsstaatlichen Grundsätzen ergibt.

Bedenken ergeben sich auch an dieser Stelle wegen der bereits angesprochenen umfassenden Kontrollöffnung auf Grund des Art. 19 Abs. 4 GG¹⁾. Die Gerichte haben nach allgemeiner Ansicht grundsätzlich den gesamten Sachverhalt aufzuklären und sich dabei - soweit es darum geht, fehlenden Sachverhalt auszugleichen - der Hilfe Sachverständiger zu bedienen²⁾.

Dieses Gebot des effektiven und umfassenden Rechtsschutzes würde leerlaufen, wollte man mit der bloßen Behauptung fehlenden Sachverständnisses gerichtsfreie Beurteilungsspielräume schaffen.

bb) Beispiele aus der Rechtsprechung

Aus dem Bereich des Immissionsschutzrechts sind keine Urteile vorhanden, die sich mit der Kontrolldichte speziell unter dem Aspekt der Prognoseentscheidungen beschäftigen. Dieser Umstand ist zum einen darauf zurückzuführen, daß die Erörterung der Problematik der Kontrolldichte im Immissionsschutzrecht durch die Urteile des OVG Münster³⁾ sowie das in derselben Sache ergangene Urteil des Bundesverwaltungsgerichts (Fall - Voerde)⁴⁾ zunächst ihren Abschluß gefunden hat.

1) vgl. Hendrichs in: v. Münch, Art. 19 GG, Rn 51

2) so auch Tettinger, Rechtsanwendung, S. 435; ebenfalls Weyreuther, BauR 1977, S. 309; Hierhaus, DVBL 1977, S. 25; in diesem Sinne auch Berg, Verwaltungsrechtliche Entscheidung, S. 145 f.

3) OVG Münster, DVBL 1976, S. 790 f.; vgl. dazu die Anmerkungen von Stober, SKV 1977, S. 82 f.; Battis, JUS 1977, S. 162 f.; Meyer-Abich, NJW 1976, S. 2365 f.

4) BVerwG, DVBL 1978, S. 591 f.; vgl. auch die Anmerkungen von Vallendar, DÖV 1978, S. 564; Battis, JA 1978, S. 588; Stober, VR 1979, S. 24 f.; Breuer, DVBL 1978, S. 599 f.

Andererseits scheint die Rechtsprechung bislang nicht sehr viel Wert darauf gelegt zu haben, sich mit der Problematik des prognostischen Charakters der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung ausführlich zu beschäftigen. Stellungnahmen allgemeiner Art zum Problem der Kontrolldichte bei Prognoseentscheidungen finden sich in dem vom Bundesverwaltungsgericht entschiedenen Mühlenstrukturge-setz-Urteil¹⁾, im Verfassungstreue-Urteil²⁾, im Taxigenehmigungen-Urteil³⁾, im Studienplatzvergabe-Urteil⁴⁾ sowie im Saatgutbewertungs-Urteil⁵⁾.

Kernpunkt des Mühlenstrukturge-setz-Urteils war die Aussage, ein Beurteilungsspielraum bei der Entscheidung über die Erhöhung des Vermahlungs-plafonds rechtfertige sich aus dem planend-wertenden Charakter der Entscheidung mit prognostischem Einschlag⁶⁾.

Ähnlich wurde der Beurteilungsspielraum der Einstellungsbehörde bei der Überprüfung von Beamtenbewerbern im Verfassungstreue-Urteil begründet. Auch hier stand der Gedanke eines "prognostischen Werturteils" im Vordergrund⁷⁾.

Im Studienplatzvergabe-Urteil wurde der Exekutive ebenfalls ein Beurteilungsspielraum mit der Begründung zuerkannt, die Entscheidung enthalte Elemente des Wertens, Bewertens und Abwägens⁸⁾.

Auf der gleichen Linie befindet sich das Taxigenehmigungen-Urteil. Hier wurde ein Beurteilungsspielraum unter Hinweis auf den prognostischen und wertenden Charakter der behördlichen Entscheidung über die Erteilung neuer Droschkenverkehrsgenehmigungen bejaht⁹⁾.

Im Saatgutbewertungs-Urteil¹⁰⁾ billigte schließlich das Bundesverwaltungsgericht den Sortenausschüssen des Bundessortenamtes einen Beurteilungsspielraum mit der Begründung zu, es handele sich um die prognostische Wertung eines fachlich prädestinierten Kollegialorgans.

1) vgl. BVerwG, DVBL 1979, S. 877 f.; vgl. dazu auch Badura, Jura 1980, S. 615

2) vgl. BVerwG, NJW 1981, S. 1386 f.

3) vgl. BVerwG, DVBL 1982, S. 301 f.

4) vgl. BVerwG, NJW 1980, S. 2766

5) vgl. BVerwG, DVBL 1982, S. 29 f.

6) BVerwG, DVBL 1979, S. 878; vgl. auch Badura, Jura 1980, S. 615

7) vgl. BVerwG, NJW 1981, S. 1388

8) vgl. BVerwG, NJW 1980, S. 2769; vgl. ferner BVerwG, NJW 1978, S. 2609

9) so BVerwG, DVBL 1982, S. 302

10) so BVerwG, DVBL 1982, S. 30, 31

Versucht man die Gründe für die Annahme eines Beurteilungsspielraums bei Prognoseentscheidungen zusammenzufassen, so kann gesagt werden, daß die entscheidenden Gründe für die Bejahung eines Beurteilungsspielraums einerseits in dem wertenden und prognostischen Charakter von Entscheidungen gesehen werden, andererseits ist nach der neueren Rechtsprechung die Tatsache bedeutsam, ob und inwieweit die Entscheidung von einem fachlich prädestinierten Kollegialorgan getroffen wird.

Ob und inwieweit diese Rechtsprechung allerdings auf das Immissionschutzrecht übertragen werden kann, läßt sich nicht pauschal beurteilen.

Bereits die Ausführungen zur Behandlung von Prognoseentscheidungen in der Literatur haben verdeutlicht, daß vergrößernde und pauschale Betrachtungen keine geeigneten Lösungsansätze liefern können. Demzufolge kann die Rechtsprechung zu Prognoseentscheidungen auch nicht unesehen auf das Immissionsschutzrecht übertragen werden.

cc) Zusammenfassung

Die dargestellte Rechtsprechung und Literatur zur Prognoseentscheidung hat verdeutlicht, daß weitgehende Uneinigkeit in ihrer verwaltungsrechtlichen Behandlung besteht. Dennoch hat es nicht an Versuchen gefehlt, der Exekutive ausgerechnet in diesem nur schwer durchschaubaren Bereich Entscheidungsvorrechte zuzubilligen und damit zu einer Kontrollrestriktion zu gelangen.

Auffallend ist, daß sich die meisten Rechtswissenschaftler nicht darüber im Klaren sind, was überhaupt eine Prognose ist. So reichen die Definitionsversuche von der "wertenden Abwägung auf der Grundlage des Verhältnismäßigkeitsprinzips"¹⁾ bis hin zu "objektiven Divergenzspannen, die zu den Grenzen menschlicher Erkenntnis treten"²⁾. Teilweise wird nur pauschal vom "prognostischen Charakter" gesprochen und darauf eine nicht haltbare Begründung von Entscheidungsvorrechten aufgebaut³⁾.

1) so Lukes, Gefahrenbeurteilungen, S. 28

2) so Nierhaus, DVBL 1977, S. 22

3) vgl. etwa Ossenbühl, DVBL 1974, S. 313; ders. in: DÖV 1980, S. 548

Immerhin belegt die dargestellte Literatur zum Immissionsschutzrecht und die Rechtsprechung zu anderen Bereichen, daß prognostische Züge möglicherweise Anhaltspunkte für ein verwaltungsbehördliches Entscheidungsvorrecht liefern können.

Deshalb erscheint es sinnvoll, die immissionsschutzrechtliche Genehmigung auf eine mögliche Entscheidungsprärogative hin zu untersuchen. Entscheidend ist deshalb die Frage, ob die Genehmigung nach § 6 BImSchG wegen ihres prognostischen Charakters - eventuell in Verbindung mit sonstigen Umständen - eine Bandbreite der Entscheidungsmöglichkeiten impliziert¹⁾.

Das erfordert eine - über die bisherige Literaturansätze hinausgehende - Darstellung der Sondernatur von Prognosen und der normspezifischen Struktur der Prognoseermächtigung²⁾.

c) Die Sondernatur von Prognosen und die normspezifische Struktur von Prognoseermächtigungen als Anhaltspunkt für eine Entscheidungsprärogative

aa) Wesensmerkmale von Prognosen

Prognosen werden in vielen Wissenschaften erstellt. Es ist daher nicht erstaunlich, daß in der wissenschaftlichen Literatur vielfältige Prognosedefinitionen vorzufinden sind.

Gemeinsam ist das Bemühen, aus der Analyse vergangener Ereignisse Gesetzmäßigkeiten zu gewinnen, die einen Schluß auf zukünftige Ereignisse ermöglichen³⁾.

Im allgemeinen versteht man daher unter einer Prognose eine Aussage, die, aufbauend auf ausdrücklichen Bedingungen und möglichst rational, den zukünftigen Eintritt eines Zustandes oder eines Ereignisses angibt⁴⁾.

-
- 1) wie hier Tettinger, Rechtsanwendung, S. 430; Papier, DVBL 1975, S. 403; Berg, Verwaltungsrechtliche Entscheidung, S. 143
 - 2) zu diesem Ansatz auch Hoppe, DVBL 1975, S. 691; Tettinger, DVBL 1982, S. 425; Rauschning, VVDStRL 38 (1979), S. 204
 - 3) vgl. etwa K.-W. Hansmann, Kurzlehrbuch Prognoseverfahren, S. 11; Darnstädt, Prognosestatbestände im Sicherheitsrecht, S. 11
 - 4) vgl. Hoppe, BVerwG-FS, S. 308; Picot, DB 1977, S. 2149; Nierhaus, DVBL 1977, S. 22

Um sicherzustellen, daß die zukunftsorientierten Einschätzungen einigermaßen wahrscheinlich sind, ist es erforderlich, wissenschaftlich anerkannte Prognosemodelle zu verwenden¹⁾.

Im Bereich der langfristigen Technologie- und Energieprognosen wird häufig mit der sogenannten "Szenario-Technik" gearbeitet. Die Szenario-Technik gehört zu den sogenannten "heuristischen Prognoseverfahren" und ist die Beschreibung der zukünftigen Entwicklung des Prognosegegenstandes bei alternativen Rahmenbedingungen²⁾.

Vergegenwärtigt man einige grundsätzliche typenspezifische Merkmale jeder Prognose, so gelangt man zu folgenden Gesichtspunkten:

- Jede Prognose beruht auf bestimmten Annahmen über die Zukunft (Szenario).
- Jede Prognose unterliegt der Unsicherheit; diese ist identisch mit der Unsicherheit der prognostischen Annahmen, also des Szenarios.
- Eine Prognose kann daher ex ante nicht richtig oder falsch, sondern nur mehr oder weniger wahrscheinlich oder vertretbar sein.
- Es gibt stets mehrere vertretbare Prognosen.
- Eine einzige vertretbare Prognose (Punktprognose) birgt das Risiko der Fehldimensionierung. Daher muß die volle Bandbreite der vertretbaren Prognosen aufgezeigt werden (Intervallprognose)³⁾.

Diese Merkmale verdeutlichen bereits, daß Prognosen - eben weil es sich dabei um Wahrscheinlichkeitsaussagen handelt - häufig Unsicherheitsfaktoren mit sich bringen, die niemals gänzlich auszuräumen sind. Das Ergebnis einer Prognose kann daher niemals einhundertprozentig richtig sein, sondern allenfalls mehr oder weniger wahrscheinlich.

1) vgl. auch Nierhaus, DVBL 1977, S. 22; Michalski/Gerberding in: Becker/Thieme, Handbuch der Verwaltung, Heft 4,3, Rn 4302; K.-W. Hansmann, aaO. S. 12 f.

2) vgl. K.-W. Hansmann, aaO. S. 18, 19 m. Beispielen; Michalski/Gerberding, aaO. Rn 4335

3) vgl. dazu F. Hanssmann, Quantitative Betriebswirtschaftslehre, S. 322

bb) Die normspezifische Struktur der immissionsschutzrechtlichen
Genehmigung

Inwieweit sich die dargestellten Grundannahmen auf die immissions-
schutzrechtliche Genehmigung übertragen lassen, hängt von der norm-
spezifischen Struktur der immissionsschutzrechtlichen Genehmigungs-
voraussetzungen ab. Bereits an anderer Stelle wurde darauf hingewie-
sen, daß die Genehmigung nach § 6 BImSchG prognostische Züge aufweist.
Diese Aussage soll hier zunächst weiter vertieft werden um dann zu
klären, ob die allgemeinen Wesensmerkmale von Prognosen auch im Im-
missionsschutzrecht Geltung beanspruchen. Sollte dieses der Fall sein,
lassen sich daraus möglicherweise Rückschlüsse auf verwaltungsbehörd-
liche Entscheidungsvorrechte herleiten.

Um zu sachgerechten Ergebnissen zu gelangen, ist eine Differenzierung
innerhalb des § 5 BImSchG erforderlich. Deshalb werden der Schutz-
grundsatz (§ 5 Nr. 1 BImSchG) und der Vorsorgegrundsatz (§ 5 Nr. 2
BImSchG) getrennt untersucht.

Der Entsorgungsgrundsatz (§ 5 Nr. 3 BImSchG) soll an dieser Stelle
vernachlässigt werden, zum einen, um die Thematik einzugrenzen und
zum anderen, weil sich der Streit um Entscheidungsprärogativen im
Immissionsschutzrecht - soweit überhaupt detaillierte Stellungnahmen
vorliegen - fast ausschließlich um den Schutzgrundsatz und den Vor-
sorgegrundsatz dreht.

(1) Das Prinzip der Gefahrenabwehr (§ 5 Nr. 1 BImSchG)

Das BImSchG verwirklicht als Teilschritt das Umweltprogramm 1971
der Bundesregierung¹⁾.

Die umweltpolitischen Ziele waren im wesentlichen darauf ausge-
richtet,

- dem Menschen eine seinem Dasein entsprechende Umwelt zu sichern
- Boden, Luft und Wasser, Pflanzen und Tiere vor menschlichen
Eingriffen zu schützen und

1) vgl. BT-Drucksache VI/2710; ferner Schwerdtfeger, NJW 1974, S. 778

- Schäden oder Nachteile aus menschlichen Eingriffen zu beseitigen¹⁾.

In diesem Sinne hat das BImSchG zum Ziel, Menschen, Tiere und Pflanzen und andere Sachen vor schädlichen Umwelteinwirkungen zu schützen und dem Entstehen schädlicher Umwelteinwirkungen vorzubeugen. Schädliche Umwelteinwirkungen sind gem. § 3 Abs. 1 BImSchG Immissionen, die nach Art, Ausmaß oder Dauer geeignet sind, Gefahren, erhebliche Nachteile oder erhebliche Belästigungen für die Allgemeinheit oder die Nachbarschaft herbeizuführen. Neben Emissionsgefahren schützt das BImSchG teilweise auch vor sonstigen Gefahren, die beispielsweise durch Brände und Explosionen herbeigeführt werden können²⁾. Sinn und Zweck des BImSchG ist demnach - vereinfacht ausgedrückt - die Gefahrenabwehr und die Gefahrenvorsorge.

(a) Der Gefahrenbegriff des Immissionsschutzrechts

Um die immissionsschutzrechtliche Gefahrenbeurteilung würdigen zu können, muß nach dem Gefahrenbegriff des BImSchG gefragt werden: Der Begriff der Gefahr stammt ursprünglich aus dem allgemeinen Polizeirecht und wird semantisch interpretiert als eine "Sachlage, die bei ungehindertem Ablauf eines objektiv zu erwartenden Geschehens mit Wahrscheinlichkeit ein polizeiliches Rechtsgut schädigen wird"³⁾. Auch der immissionsschutzrechtliche Gefahrenbegriff geht grundsätzlich auf das allgemeine Polizeirecht zurück⁴⁾. Allerdings sind heute durch die moderne Technik Schadensereignisse mit früher unbekanntem Ausmaß möglich, so daß eine nur am polizeirechtlichen Gefahrenbegriff ausgerichtete Gefahrenbeurteilung dem gesteigerten Sicherheitsbedürfnis nicht gerecht wird⁵⁾.

1) vgl. zu den Zielen auch Kimminich, Das Recht des Umweltschutzes, S. 210 f.

2) vgl. etwa Feldhaus, § 4 BImSchG, Anm. II, 10; Storm, Umweltrecht, S. 91; Ziegler, GewArch 1974, S. 112

3) siehe BVerwGE 45, 51; Schneider, DVBL 1980, S. 406; Wolfgang Martens, DVBL 1981, S. 601; Ossenbühl, DÖV 1976, S. 406

4) vgl. Schmitt Glaeser/Meins, Immissionsschutz, S. 29; Ule, § 3 BImSchG, Rn 17; Feldhaus, § 3 BImSchG, Anm. I 7; Kutscheidt in: Landmann/Rohmer, § 3 BImSchG, Rn 10; Hansmann in: Boisseree/Oels/Hansmann/Schmitt, § 3 BImSchG, Erl. 2.1

5) vgl. nur Lukes, Gefahrenbeurteilungen, S. 146

Der immissionsschutzrechtliche Gefahrenbegriff hat deshalb insofern eine Ausweitung erfahren, als daß für eine Gefahr schon erhebliche Nachteile oder Belästigungen ausreichen, wie § 3 Abs. 1 BImSchG belegt.

Außerdem wird die Eintrittswahrscheinlichkeit praktisch dadurch herabgesetzt, daß diese regelmäßig für den Störfall einer Anlage erörtert wird und dabei von der Formel "je größer die zu erwartende Beeinträchtigung, um so geringer die erforderliche Eintrittswahrscheinlichkeit" ausgegangen wird¹⁾.

Vom Grundsatz her orientiert sich jedoch auch der immissionsschutzrechtliche Gefahrenbegriff am allgemeinen Polizeirecht, wenn man einmal von den Ausweitungen absieht.

Das verdeutlicht, daß - genauso wie im Rahmen einer polizeilichen Gefahrenbeurteilung - auch im Immissionsschutzrecht auf Grund der Aussage über wahrgenommene Tatsachen in der Gegenwart Aussagen über nicht wahrgenommene Tatsachen in der Zukunft abgeleitet, mithin Gefahrenprognosen getroffen werden²⁾. Das soll an einem Beispiel verdeutlicht werden.

Die Genehmigung eines Kraftwerks wird gem. § 6 BImSchG nur erteilt, wenn u.a. die drei Grundpflichten des § 5 BImSchG erfüllt sind. Unter Zugrundelegung des Gefahrenabwehrprinzips kann die immissionsschutzrechtliche Genehmigung erst nach Durchführung mehrfacher Prognosen erteilt werden.

Das wird deutlich, wenn man von der regelmäßig gegebenen Situation ausgeht, daß eine nach § 4 BImSchG genehmigungspflichtige Anlage noch gar nicht errichtet ist, sondern sich im Planungsstadium befindet. Viele Eigenschaften der Anlage, die für die Genehmigungserteilung relevant sind und sich hinter dem Begriff "schädliche Umwelteinwirkungen" verbergen, kann man nur prognostizierend erfahren. Die Feststellung beispielsweise, in welchem Umfang Immissionswirkungen von der Anlage ausgehen, läßt sich nur mit Hilfe einer anlagenbezogenen Immissionsprognose treffen³⁾.

Der Betriebsablauf eines Kraftwerks ist deshalb zunächst auf mögliche Emissionsquellen⁴⁾ hin zu untersuchen, die schädliche Immission⁵⁾ verursachen⁶⁾.

1) siehe Lukes, aaO. S. 147; Rehbinder, BB 1976, S. 1

2) vgl. zu diesem Vorgehen im Rahmen der Gefahrenbeurteilung auch Hoffmann-Riem, FS für Wacke, S. 330 f.

3) vgl. BVerwG, DVBL 1978, S. 596; Ule, § 3 BImSchG, Rn 30; Schmölling/Mäder GewArch 1979, S. 47 f.; Horn, UPR 1983, S. 220

4) zum Begriff der Emission vgl. § 3 II BImSchG

5) zum Begriff der Immission vgl. § 3 III BImSchG

6) dazu Feldhaus, § 5 BImSchG Erl. III, 4; Müller-Glöge, Immissionsprognosen S. 2; Sellner, Immissionsschutzrecht, Rn 33 f.

Die Ermittlung der Menge der beim Betrieb voraussichtlich entstehenden Emissionen (Emissionsprognose) erfolgt dabei für die in Betracht kommenden Luftverunreinigungen, Geräusche etc. anhand wissenschaftlicher Erkenntnis- und Ermittlungsverfahren. Diese Emissionsvoraussage hat von der Größenkapazität der Anlage auszugehen und muß die geplanten baulichen und technischen Einrichtungen sowie die geplanten Arbeitsverfahren berücksichtigen¹⁾. In diesem Zusammenhang spielen ferner auch mögliche Störungen von außen eine Rolle²⁾.

Erst wenn diese Prognose bekannt ist, kann prognostiziert werden, welche Wirkung diese Anlage zusammen mit anderen Bedingungen auslösen würde, um sodann die Wahrscheinlichkeit dieser Bedingungen zu erforschen, die nun ebenfalls in anderen, zukünftig wahrscheinlich auftretenden Immissionen anderer Anlagen liegen können³⁾.

Zur Klärung dieser Frage bedarf es einer sogenannten Immissionsprognose, die zum einen die Verteilung der von der Anlage ausgehenden Emissionen und zum anderen auch besondere Gegebenheiten der Umgebung wie etwa die Wetterbedingungen zu berücksichtigen hat⁴⁾.

Besonders problematisch erweisen sich hierbei die Beurteilungen von Gefahren, die durch Aufnahme luftverunreinigender Stoffe in den menschlichen Körper entstehen können⁵⁾.

Neben dieser Belastung durch die Anlage selbst ist zusätzlich die durch Messungen zu ermittelnde Vor- oder Fremdbelastung im Einwirkungsbereich durch andere Anlagen und Betriebe zu berücksichtigen⁶⁾. Auch hierbei können erhebliche Probleme im Rahmen der Prognose auftreten, die durch grundsätzlich zu berücksichtigende kombinatorische oder synergistische Wirkungen verschiedener Luftverunreinigungen entstehen⁷⁾.

1) vgl. Schmatz/Nöthlichs, § 5 BImSchG, Erl. 4.1.1

2) so Lukes, Gefahrenbeurteilungen, S. 148

3) so Darnstädt, Prognosetatbestände im Sicherheitsrecht, S. 176

4) vgl. Sellner, Immissionsschutzrecht, Rn 34; Horn, UPR 1983, S. 220

5) vgl. dazu Hansen-Dix, Die Gefahr, S. 100; Schmatz/Nöthlichs, § 3 BImSchG, Erl. 8

6) BVerwG, DVBL 1978, S. 596; v. Holleben, GewArch 1977, S. 45; Jarras, § 5 BImSchG, Rn 12 f.; Feldhaus, § 5 BImSchG, Erl. III. 4

7) vgl. Lukes, Gefahrenbeurteilungen, S. 149; Hansen-Dix, Die Gefahr, S. 101; Kutscheidt in: Landmann/Rohmer, § 3 BImSchG, Rn 9

Schließlich sind vorhersehbare Veränderungen der Immissionsbelastung im Einwirkungsbereich der Anlage bis zum Zeitpunkt der Inbetriebnahme zu berücksichtigen¹⁾.

Diese Ausführungen zeigen, wie vielschichtig und komplex die mit dem Gefahrenbegriff des BImSchG zusammenhängenden Prognosen sind. Im Gegensatz zum allgemeinen Polizeirecht handelt es sich dabei um einen aus mehreren Einzelprognosen zusammengesetzten hochkomplexen Gesamtprognosevorgang.

Da verschiedene Faktoren eine Rolle spielen und diese sich wechselseitig beeinflussen, wird deutlich, daß Immissions- und Emissionsprognosen Unsicherheitsfaktoren in sich bergen und das Ergebnis einer Prognose niemals einhundertprozentig richtig oder falsch sein kann.

(b) Die Wahrscheinlichkeitsprognose und der Wahrscheinlichkeitsgrad

Es ist bereits deutlich geworden, daß zur Klärung der Frage, ob eine Gefahr im Sinne des Immissionsschutzrechts vorliegt, eine komplizierte Wahrscheinlichkeitsprognose getroffen werden muß.

Das führt zu der Frage, nach welchen Richtlinien eigentlich derartige Prognosen getroffen werden.

Im Gegensatz zum allgemeinen Polizeirecht besteht im Immissionsschutzrecht die Besonderheit, daß das Gesetz selbst Regelungen bzw. Anhaltspunkte für die Wahrscheinlichkeitsprognose enthält, in dem ein Sicherheitsmaßstab aufgestellt wird²⁾.

Denn nach § 5 Nr. 1 BImSchG ist die Anlage so zu errichten und zu betreiben, daß schädliche Umwelteinwirkungen nicht hervorgerufen werden können. Außerdem muß nach § 6 Nr. 1 BImSchG sichergestellt sein, daß die Grundpflichten des § 5 BImSchG erfüllt werden³⁾.

Hinter diesen Wertungen steht jedoch kein absoluter Maßstab. Denn würde man bei der Auslegung des § 5 Nr. 1 BImSchG einen naturwissenschaftlichen Kausalitätsbegriff zugrundelegen, dürften umweltrelevante Großvorhaben regelmäßig überhaupt nicht genehmigt werden, weil eine

1) vgl. etwa BVerwG, DVBL 1978, S. 596; Sellner, Immissionsschutzrecht, Rn 34

2) so Lukes, Gefahrenbeurteilungen, S. 149, 150; Sellner, Immissionsschutzrecht, S. 14

3) vgl. zur Bedeutung der Sicherstellung auch Marburger, Regeln der Technik, S. 421; Battis, JUS 1977, S. 163; Benda, ET 1981, S. 872

absolute Sicherheit bei technischen Anlagen praktisch nie gewährleistet ist. Folglich wäre nach dem Wortlaut des § 6 Nr. 1 BImSchG nicht sichergestellt, daß Gefahren nicht hervorgerufen werden können¹⁾.

Es ist jedoch anerkannt, daß eine solche Auslegung weder dem Willen des Gesetzgebers, noch Sinn und Zweck des BImSchG entspricht²⁾. Darüber hinaus ist mit absoluter Sicherheit schon denkgesetzlich ein Schadenseintritt nie auszuschließen, solange auch prognostische und wertende Elemente einer Wahrscheinlichkeitsprüfung mit eine Rolle spielen. Deshalb kommt es für die im Rahmen von § 5 Nr. 1 BImSchG zutreffende Wahrscheinlichkeitsprognose darauf an, ob nach dem wissenschaftlichen Erkenntnisstand zum Zeitpunkt der Entscheidung die Möglichkeit eines Eintritts schädlicher Umwelteinwirkungen ausgeschlossen werden kann³⁾.

Der dafür erforderliche wissenschaftliche Erkenntnisstand wird in Teilbereichen zur Ermittlung der Schädlichkeitsgrenze durch Verwaltungsvorschriften - z.B. TA-Luft und TA-Lärm - konkretisiert⁴⁾.

Was den Grad der Wahrscheinlichkeit anbetrifft, läßt die Rechtsprechung⁵⁾ und Literatur⁶⁾ im Immissionsschutzrecht grundsätzlich eine hinreichende Wahrscheinlichkeit genügen.

(c) Die Bedeutung von TA-Luft und TA-Lärm

Mit der Feststellung, daß die Wahrscheinlichkeitsprognose anhand wissenschaftlicher Erkenntnisse zu erstellen ist, offenbart sich ein wesentlicher Unterschied zwischen Immissionsschutzrecht und allgemeiner Gefahrenabwehr.

Während im allgemeinen Polizeirecht allein die Erfahrung des täglichen Lebens die maßgebliche Beurteilungsgrundlage für die Wahrscheinlichkeitsprognose darstellt, können die Genehmigungsvoraussetzungen des

1) vgl. Hansmann, DVBL 1981, S. 898

2) vgl. nur BVerwGE 55, 250; Rehbinder, BB 1976, S. 1; Hansmann, DVBL 1981, S. 899; Sellner, Immissionsschutzrecht, S. 14

3) so Feldhaus, § 5 BImSchG, Anm. 3; Sellner, Immissionsschutzrecht, S. 14

4) vgl. dazu (c)

5) BVerwGE 55, 250

6) Lukes, Gefahrenbeurteilungen, S. 151; Sellner, Immissionsschutzrecht, S. 15

§ 6 BImSchG nicht in der Weise überprüft werden, daß auf subjektives Alltagswissen zurückgegriffen wird¹⁾.

Die immissionsschutzrechtlichen Prognosen erfordern vielmehr ein hohes Maß naturwissenschaftlicher Sachkunde, so daß alle vorhandenen - auch wissenschaftliche - Erkenntnismöglichkeiten auszuschöpfen sind²⁾.

Es kommt hinzu, daß statistische, technisch-wissenschaftliche und mathematische Ermittlungsverfahren vielfach theoretisch, hypothetisch und oft nur von beschränkter Aussagekraft sind. Deshalb ist es erforderlich, den für die Gefahrenermittlung maßgeblichen wissenschaftlichen Erkenntnisstand näher zu präzisieren.

Damit fallen aber - im Gegensatz zum allgemeinen Polizeirecht - Sachverstand und Entscheidungszuständigkeit auseinander, da die Behörden oft nicht über das entsprechende Fachwissen verfügen³⁾.

Die Bereitstellung wissenschaftlicher Erkenntnisquellen erscheint deshalb unumgänglich. Derartige Erkenntnisquellen ergeben sich für die Behörde aus der TA-Luft⁴⁾ und der TA-Lärm⁵⁾, die als Verwaltungsvorschriften auf der Grundlage des § 48 BImSchG von der Bundesregierung erlassen worden sind⁶⁾.

Die TA-Luft, die dem Schutz vor Luftverunreinigungen dient und Bestimmungen über Immissionsgrenzwerte, Emissionswerte und Meßverfahren einschließlich Prognoseverfahren enthält, konkretisiert den Begriff der schädlichen Umwelteinwirkungen und bindet als Verwaltungsvorschrift die zur Ausführung des BImSchG berufenen Behörden⁷⁾.

Die Festsetzung von Immissionswerten durch allgemeine Verwaltungsvorschriften bedeutet also, daß der unbestimmte Gesetzesbegriff der schädlichen Umwelteinwirkungen und über die Definition des § 3 I BImSchG auch der Begriff der Gefahr für die Verwaltung dahin konkretisiert wird, daß beispielsweise die Überschreitung der in der TA-Luft für Stäube und Gase

1) vgl. Wolfgang Martens, DVBL 1981, S. 600; Feldhaus, UPR 1982, S. 138; Lukes, Gefahrenbeurteilungen, S. 159

2) BVerwG, NJW 1978, S. 1452; vgl. auch Engelhardt, § 5 BImSchG, Rn 2; Hansen-Dix, Die Gefahr, S. 103

3) vgl. Wolfgang Martens, DÖV 1982, S. 94; Hansen-Dix, Die Gefahr, S. 106

4) vgl. Technische Anleitung zur Reinhaltung der Luft ... vom 28.8.1974 (GMBL, S. 426, 525) in der Fassung vom 23.2.1983 (GMBL, S. 94); vgl. ferner Feldhaus, DVBL 1983, S. 565 f.

5) vgl. Technische Anleitung zum Schutz gegen Lärm v. 16.7.1968, Bundesanz. Nr. 137 v. 26.7.1968 (noch nach §§ 66 II i.V.m. § 16 III GewO)

6) vgl. zur Bedeutung auch Hermann, RdE 1983, S. 42 f.; Berg, GewArch 1978, S. 281 f.

7) vgl. TA-Luft Nr. 2.2.1.1

festgesetzten Werte eine schädliche Umwelteinwirkung im Sinne des § 5 Nr. 1 BImSchG und damit auch eine Gefahr darstellt. In der TA-Luft ist demnach eine exekutivische Beurteilung eines hypothetischen Sachverhaltes schon vor Erlaß einer konkreten Einzelfallentscheidung enthalten. Für die Verwaltungsbehörde wird damit abstrakt festgestellt, welche Immission als gefährlich zu gelten hat.

Das gilt allerdings nur, soweit nicht die Besonderheiten des Einzelfalles ein Abweichen von den Verwaltungsvorschriften rechtfertigen oder diese nicht mehr dem neuesten wissenschaftlichen Erkenntnisstand entsprechen¹⁾. Soweit in der TA-Luft für einen Schadstoff kein Immissionswert festgelegt worden ist, kann ergänzend auf die in VDI-Richtlinien angegebenen MIK-Werte²⁾ zurückgegriffen werden³⁾.

Fehlen auch solche Werte, muß im Einzelfall geprüft werden, ob durch den Betrieb einer Anlage schädliche Umwelteinwirkungen hervorgerufen werden können⁴⁾.

Die TA-Lärm bezweckt den Schutz vor Geräuschimmissionen. Diesem Zweck dient insbesondere die nach Gebietsarten gestaffelte Festsetzung von Immissionsrichtwerten, die im Einwirkungsbereich einer Anlage nicht überschritten werden dürfen⁵⁾. Hinsichtlich ihrer Bindungswirkung gilt das zuvor Gesagte.

Obwohl in den genannten Verwaltungsvorschriften unter anderem Immissionsgrenzwerte, Emissionswerte und Meßverfahren festgelegt sind, unterliegt die Bestimmung der Gefahr im Sinne des BImSchG Unsicherheiten, die darauf zurückzuführen sind, daß z.B. die Belastung durch Luftschadstoffe unberechenbaren Schwankungen unterliegt, coergistische und synergistische Wirkungen beim gleichzeitigen Auftreten mehrerer Luftschadstoffe teilweise noch unerforscht und Langzeitwirkungen etc. nicht nachweisbar sind. Das beeinflußt naturgemäß auch die immissionsschutzrechtliche Wahrscheinlichkeitsprognose. Es ist daher nicht verwunderlich, daß bei Verfahren über umweltrelevante Großvorhaben häufig die Frage im Vordergrund steht, ob die angewandten Methoden, die zugrundeliegenden technischen Normen und wissenschaftlichen Beurteilungen Bestand haben können⁶⁾.

1) vgl. dazu Schmatz-Nöthlichs, § 5 BImSchG, Erl. 4.1.1

2) Maximale Immissionskonzentration

3) vgl. Feldhaus, § 5 BImSchG, Anm. 5; Marburger, Schadensvorsorge, S. 99; Jost, TA-Luft, Erl. Teil 5, Kap. 3.2.3, S. 1 f.

4) vgl. Sellner, Immissionsschutzrecht, S. 25

5) vgl. Bethge/Meurers, TA-Lärm, S. 44 f.; Christ, TA-Lärm, S. 72, 73

6) so etwa Czajka, DÖV 1982, S. 100

Speziell im Immissionsschutzrecht konzentriert sich das Mißtrauen der Kläger häufig auf Sachverständigengutachten, die zu der Frage Stellung nehmen, ob beispielsweise die Immissionswerte der TA-Luft eingehalten werden¹⁾.

Das hängt wohl damit zusammen, daß trotz Konkretisierung der unbestimmten Gesetzesbegriffe in Technischen Anleitungen immer Zweifelsfragen offenbleiben. So wurde z.B. nach Nr. 2.7 TA-Luft 1974 zur Ermittlung der Immissionswerte im Einwirkungsbereich der Anlage auf Ausbreitungsrechnungen als Immissionsprognosen verwiesen, ohne daß allerdings eine bestimmte Methode vorgeschrieben war²⁾.

Diese Schwierigkeiten konnten zwar teilweise im Zusammenhang mit der Novellierung der TA-Luft 1983 behoben werden³⁾, ohne daß damit allerdings sämtliche Probleme gelöst wurden:

Besondere Schwierigkeiten und Unsicherheiten, die die Wahrscheinlichkeitsprognose beeinflussen, treten auch dann auf, wenn weder in der TA-Luft, noch in den VDI-Richtlinien für einen Schadstoff ein Immissionswert festgelegt ist oder die Genehmigungsbehörde eine derartige Festlegung als durch die Entwicklung überholt ansieht. Es liegt auf der Hand, daß in derartigen Fällen tief in naturwissenschaftliche und technische Fragen eingedrungen werden muß und wegen der Komplexität und der Wechselwirkung einzelner Ursachen, die für die Ermittlung der Gefahr im Sinne von § 5 Nr. 1 BImSchG maßgeblich sind, häufig Wertungs- und Bewertungsfragen im Rahmen der Wahrscheinlichkeitsprognose eine Rolle spielen.

Es ist daher nicht verwunderlich, daß die rechtliche Lösung derartiger Fälle in Rechtsprechung und Literatur kein einheitliches Bild bietet und von der Genehmigungsversagung bis hin zur Unbeachtlichkeit im Genehmigungsverfahren reicht⁴⁾.

Auch das belegt grundlegende Unterschiede zwischen dem technischen Sicherheitsrecht, zu dem auch das Immissionsschutzrecht zählt und dem "einfachen" Sicherheitsrecht, das in den Polizeigesetzen kodifiziert ist.

1) vgl. Vallendar, GewArch 1981, S. 281

2) vgl. Sellner, Immissionsschutzrecht, Rn 34

3) vgl. auch Feldhaus, DVBL 1983, S. 572

4) vgl. dazu Feldhaus, DVBL 1981, S. 172 f.; Hansen-Dix, Die Gefahr, S. 172; v. Holleben, GewArch 1977, S. 45, 46; Stich/Porger, § 6 BImSchG, Rn 8 (für Versagung) und Ule, § 6 BImSchG, Rn 3 sowie Sellner, Immissionsschutzrecht, Rn 24 (gegen Versagung); vgl. zu den sonstigen Problemen im Zusammenhang mit der TA-Luft auch Mäder, UPR 1982, S. 281 f.

(d) Zwischenergebnis zum Gefahrenabwehrprinzip

Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, daß die verwaltungsbehördliche Entscheidung nach § 6 Nr. 1 in Verbindung mit § 5 Nr. 1 BImSchG in mehrfacher Hinsicht Prognosen erfordert, die sich von den herkömmlichen Prognosen des Gefahrenabwehrrechts sowohl von der Qualität (= wissenschaftliche Erkenntnisse statt/neben allgemeiner Lebenserfahrung) als auch von der Quantität (= Intensität und Verwobenheit verschiedener Einzelprognosen) deutlich unterscheidet.

Diese Erkenntnis ist in doppelter Hinsicht aufschlußreich:

Einerseits belegt sie, daß die allgemein aufgestellten typenspezifischen Merkmale jeder Prognose auch im Immissionsschutzrecht gelten. Folglich gibt es - man müßte bald sagen "erst recht" - auch im Immissionsschutzrecht die eingangs beschriebenen Unsicherheiten, die sämtlichen Prognosen immanent sind.

Andererseits entziehen diese Tatsachen einem häufig im Zusammenhang mit der Kontrolldichte vorgebrachten Argument den Boden.

So findet sich bisweilen der lapidare und pauschale Hinweis, eine Kontrollrestriktion im Immissionsschutzrecht scheide deshalb aus, weil Immissionsschutzrecht prinzipiell Ordnungsrecht sei und unbestimmte Gesetzesbegriffe im allgemeinen Polizei- und Ordnungsrecht auch nicht der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle entzogen seien¹⁾.

Diese Argumentation ist in doppelter Hinsicht verfehlt:

Einmal ist deutlich geworden, daß zwischen polizeilichen und immissionschutzrechtlichen Gefahrenprognosen erhebliche Unterschiede bestehen, so daß insoweit keine Vergleichbarkeit hinsichtlich der Frage der Kontrolldichte besteht²⁾.

Andererseits haben die Ausführungen gezeigt, daß das pauschale Abstellen auf unbestimmte Gesetzesbegriffe nicht weiterführt, sondern erst eine genauere Betrachtung dessen, was sich z.B. hinter dem Begriff "Gefahr" verbirgt, für Lösungen aufschlußreich sein kann:

1) vgl. zu dem Argument: OVG Münster, DVBL 1976, S. 793; Marburger, Regeln der Technik, S. 421; Breuer, AöR 101 (1976), S. 76; ders. in: Der Staat 1977, S. 48; vgl. zur Justiziabilität unbestimmter Gesetzesbegriffe im Polizeirecht Stern, verwaltungsprozessuale Probleme, S. 145 f.; Hans-H. Klein, DVBL 1971, S. 233; Maurer, Allg. VerwR, § 7 Rn 20 f.; Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr I, S. 229 f.; vgl. aber auch Ossenbühl, DÖV 1976, S. 407, der bereits im Polizeirecht Entscheidungsprärogativen annimmt

2) so zutreffend Sendler, JUS 1983, S. 259

(2) Das Prinzip der Gefahrenvorsorge (§ 5 Nr. 2 BImSchG)

Über die Grundpflicht des § 5 Nr. 1 BImSchG hinaus ist bei der Genehmigung von Industrieanlagen der Vorsorgegrundsatz des § 5 Nr. 2 BImSchG von zentraler Bedeutung. Da genehmigungsbedürftige Anlagen ihrer Natur nach potentielle Gefahrenquellen darstellen und i.d.R. über Jahre hinweg betrieben werden, genügt es nicht, daß schädliche Umwelteinwirkungen im Augenblick der Genehmigung ausgeschlossen sind. Es darf auch nicht die Möglichkeit künftiger Beeinträchtigungen bestehen¹⁾. Da Immissionsschutz im Bereich genehmigungsbedürftiger Anlagen sinnvollerweise stets auch vorbeugender Immissionsschutz sein muß²⁾, ist die Genehmigung nach § 6 BImSchG u.a. nur dann zu erteilen, wenn sichergestellt ist, daß Vorsorge gegen schädliche Umwelteinwirkungen getroffen wird, insbesondere durch die dem Stand der Technik entsprechenden Maßnahmen zur Emissionsbegrenzung. Der tiefere Grund für diese Regelung ist neben der Erkenntnis, daß Umweltgestaltung auch darauf abzielen muß, bereits das Entstehen von Gefahrenquellen zu verhindern, darin zu sehen, daß bei einer bloßen Gefahrenabwehr (§ 5 Nr. 1 BImSchG) der Reaktionszeitpunkt für die Behörden häufig zu spät liegt und Abhilfemaßnahmen im Nachhinein oft nur schwer und unter großen Opfern durchzusetzen sind³⁾.

Das rechtfertigt die Normierung eines Vorsorgeprinzips, das nicht dem Schutz vor konkret schädlichen Umwelteinwirkungen dient, sondern dem Entstehen solcher Einwirkungen generell vorbeugt, sich also gegen abstrakte bzw. hypothetische Umwelteinwirkungen richtet⁴⁾.

Welche positiven Ziele der Vorsorge darüber hinaus zugeschrieben werden können, ist in Rechtsprechung⁵⁾ und Literatur⁶⁾ hoffnungslos umstritten⁷⁾.

1) vgl. auch Stich/Porger, § 5 BImSchG, Anm. I, 3; Feldhaus, § 5 BImSchG, Anm. III, 7

2) allg. Ansicht, vgl. Feldhaus, § 5 BImSchG, Anm. III, 7; Jarras, § 5 BImSchG, Rn 25; Stich/Porger, § 5 BImSchG, Anm. I, 3

3) vgl. dazu Feldhaus, DÖV 1974, S. 616

4) so auch Jarras, § 5 BImSchG, Rn 25

5) vgl. etwa BVerwG, DÖV 1984, S. 631 f.; OVG Berlin, GewArch 1979, S. 165; VGH Bad.-Württ., GewArch 1980, S. 197; OVG Lüneburg, GewArch 1980, S. 139

6) siehe nur Feldhaus, DVBL 1980, S. 133 einerseits und Breuer, Der Staat 1981, S. 393 andererseits

7) so auch die Feststellung von Frotscher, JUS 1983, S. 779; vgl. auch Horn, UPR 1983, S. 221

Zu Recht konstatiert Feldhaus¹⁾, daß der Streit um die Probleme des Gefahrenabwehrprinzips durch das Voerde-Urteil einigermaßen geschlichtet worden ist, der Streit um das Vorsorgeprinzip dagegen gerade erst begonnen hat.

Dieser Streit wirkt sich - was noch im einzelnen zu belegen ist - möglicherweise auch auf den Umfang der verwaltungsgerichtlichen Kontrolldichte aus.

Denn je nachdem ob man § 5 Nr. 2 BImSchG als Prognose- oder als Planungsnorm begreift, lassen sich daraus mit unterschiedlichen Begründungen Rückschlüsse auf das Vorliegen verwaltungsbehördlicher Entscheidungsvorrechte herleiten.

Es erscheint deshalb unumgänglich, auch die normspezifische Struktur des § 5 Nr. 2 BImSchG zu untersuchen, nicht zuletzt auch deshalb, weil sich Prognose und Planung voneinander unterscheiden²⁾.

Die Untersuchung beschränkt sich zunächst jedoch auf prognostische Elemente im Rahmen der Genehmigungsvoraussetzung des § 6 Nr. 1 i.V.m. § 5 Nr. 2 BImSchG. Inwieweit darüber hinaus planerische Elemente bei § 5 Nr. 2 BImSchG eine Rolle spielen und welche Konsequenzen daraus zu ziehen sind, bleibt einer anschließenden Erörterung vorbehalten.

(a) Der Vorsorgebegriff des Immissionsschutzrechts

Um den Unterschied zwischen der Gefahrenabwehr und der Gefahrenvorsorge zu erkennen, ist es notwendig, eine Klärung des Vorsorgebegriffs herbeizuführen.

Bereits diese Grundüberlegung stößt auf große Schwierigkeiten, da weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur bislang der Versuch einer Definition unternommen worden ist.

Was im einzelnen unter Vorsorge verstanden wird, muß daher als völlig ungeklärt bezeichnet werden.

Die Definitionsschwierigkeiten werden dadurch verstärkt, daß bisweilen eine kaum noch durchschaubare Begriffsvielfalt anzutreffen ist, die auch zu Problemen bei der Rechtsanwendung führt:

So tauchen im Zusammenhang mit der Vorsorge Begriffe auf wie etwa "potentielle Gefahr", "Gefahrenverdacht", "Gefahr", "Restrisiko", "Risikorest", "Risiken unterhalb der Gefahrenschwelle", "technische

1) in DVBL 1981, S. 166

2) dazu auch Hoppe, BVerwG-FS, S. 301

Risiken mit erkannter Gefahrenqualität und technische Risiken ohne erkannte Gefahrenqualität", "als Gefahr erkannte Entwicklungsmöglichkeiten", "Schadensvorsorge", "Risikovorsorge unterhalb der Schädlichkeitsschwelle", "Rest- oder Mindestschaden" etc. auf¹⁾.

All dieses hat bislang allerdings wenig dazu beigetragen, eine brauchbare Definition der Vorsorge zu liefern.

Der tiefere Grund für diese Schwierigkeiten liegt wohl darin, daß eine Präzisierung von Vorsorge eine Beschäftigung mit der "Sorge" voraussetzt, die Anlaß von Vorsorgemaßnahmen sein kann.

Das bedeutet, daß die tatbestandsmäßigen Voraussetzungen der Anordnung von Maßnahmen die vom Gesetz als "Vorsorge"-Maßnahmen bezeichnet werden, geklärt werden müssen.

Das Gesetz hüllt sich jedoch insoweit in Schweigen. Deshalb versuchen auch die meisten Ansätze in Schrifttum, nicht eine Klärung per definitionem herbeizuführen, sondern knüpfen an die Funktion der Vorsorge an, um mit ihrer Beschreibung zu einer Bestimmung des Anwendungsreichs von § 5 Nr. 2 BImSchG zu gelangen²⁾.

(b) Die Funktion der Vorsorge

Ausgehend von der Funktionsbestimmung des § 5 Nr. 2 BImSchG stehen sich im Schrifttum im wesentlichen zwei Auffassungen gegenüber, die - von Nuancierungen einmal abgesehen - von folgenden Grundpositionen ausgehen:

Während einerseits der Vorsorge eine Planungs- und Verteilungsfunktion mit dem Ziel zugewiesen wird, Freiräume für Industrieanlagen zu schaffen³⁾, ist der Vorsorgebegriff nach anderer Ansicht durch Kriterien bestimmbar, die die Gefahr kennzeichnen, nämlich die Rechtsgutbeeinträchtigung und die Eintrittswahrscheinlichkeit, die bei der Vorsorge

1) vgl. die Aufzählung bei Wagner, DöV 1980, S. 274, Fn 26; vgl. auch den Begriffswirrwarr in BVerfGE 49, S. 137 f. (Kalkar-Beschluß)

2) so z.B. Rengeling, VEnergR Bd. 49, S. 23

3) so Feldhaus, DöV 1974, S. 615; ders. in: DVBL 1980, S. 133; Kutscheidt in: Landmann/Rohmer, § 1 BImSchG, Rn 7; Ule, § 5 BImSchG, Rn 4; Stich/Porger, § 5 BImSchG, Anm. I, 3; Wolfgang Martens, DöV 1982, S. 94; Sendler, UPR 1983, S. 43; Schmitt Glaeser/Meins, Immissionsschutz, S. 44; Soell, ZRP 1980, S. 106; ders. in: RuS Heft 496/497, S. 9 f.; Sellner, NJW 1980, S. 1255; Schmölling/Mäder, GewArch 1979, S. 49

niedriger angesetzt werden als bei der Gefahr¹⁾.

Nach der zuletzt genannten Auffassung geht es folglich im wesentlichen darum, eine Sicherheitszone vor der Gefahrenschwelle zu schaffen. Dieser Ansicht folgt auch das OVG Lüneburg²⁾, während das VG Düsseldorf³⁾ die "Freiraumkomponente" betont.

Ausdrücklich offengelassen wurde das Problem zunächst vom Bundesverwaltungsgericht⁴⁾, das davon ausging, "wie immer man den in dieser Vorschrift enthaltenen Vorsorgegrundsatz ausdeutet - sei es als Forderung nach einem ausreichenden Sicherheitsabstand von der Schädlichkeitsgrenze des § 5 Nr. 1 BImSchG aus Gründen der planenden Verteilung des Emissions- und Immissionspotentials im Hinblick auf künftige Betreiber, sei es, weitergehend, (auch) als Forderung, noch unbelastete Freiräume als solche insbesondere im Hinblick auf besonders immissionsempfindliche Nutzungen, zu erhalten, oder, ebenfalls weitergehend, (auch) als ein Prinzip der Risikosteuerung, welches jenseits der Schädlichkeitsschwelle einem Schädlichkeitsverdacht vorbeugen solle - in jedem Fall würden individualrechtliche Positionen nicht begründet."⁵⁾ Dagegen finden sich im neuesten Urteil des Bundesverwaltungsgerichts⁵⁾ zum Gebot des § 5 Nr. 2 BImSchG Hinweise darauf, daß das Gericht dem Vorsorgegrundsatz die Stellung einer Sicherheitszone vor der Gefahrenschwelle einräumt. Dort heißt es:

"Vorsorge im Sinne von § 5 Nr. 2 BImSchG ist daher jedenfalls dann geboten, wenn hinreichende Gründe für die Annahme bestehen, daß Immissionen möglicherweise zu schädlichen Umwelteinwirkungen führen und damit - auch wenn sich entsprechende Ursachenzusammenhänge im einzelnen noch nicht eindeutig feststellen lassen - ein Gefahrenverdacht⁶⁾ besteht"⁷⁾.

1) vgl. dazu Breuer, DVBL 1978, S. 829 f.; ders. in: WUV 1981, S. 234, 235; ders. in: Der Staat 1981, S. 412 f.; Lukes, Gefahrenbeurteilungen, S. 35; Papier, DVBL 1979, S. 162; Rehbinden, BB 1976, S. 1 f.; Rengeling, VEnergR Bd. 49, S. 49 f.; ders. in: DVBL 1982, S. 622, 626; differenzierend Jarras, § 5 BImSchG, Rn 26: sowohl Freiraumkomponente als auch Sicherheitszone vor der Gefahrenschwelle

2) in: GewArch 1980, S. 203

3) vgl. Entscheidung 3 K 2922/77, S. 14 f.

4) in: JUS 1983, S. 400

5) in: DÖV 1984, S. 631 f.

6) eigene Hervorhebung

7) vgl. BVerwG, DÖV 1984, S. 633

(c) Die Prognoseelemente des § 5 Nr. 2 BImSchG

Vor dem Hintergrund der dargestellten Meinungen stellt sich die Frage, inwieweit der Vorsorgegrundsatz, genauer: die Genehmigung nach § 6 Nr. 1 i.V.m. § 5 Nr. 2 BImSchG, Prognoseelemente beinhaltet. Denn es geht an dieser Stelle nicht darum, sämtliche Streitpunkte zu § 5 Nr. 2 BImSchG zu klären, sondern ausschließlich um das Problem Prognose und verwaltungsbehördliches Entscheidungsvorrecht.

Prognostische Züge liegen nach sämtlichen Auffassungen jedenfalls insoweit vor, als die Genehmigung nur erteilt werden darf, wenn sicher gestellt ist, daß Vorsorge gegen schädliche Umwelteinwirkungen getroffen wird, insbesondere durch die dem Stand der Technik entsprechenden Maßnahmen zur Emissionsbegrenzung.

Denn die Frage der Sicherstellung läßt sich im Rahmen der Vorsorgebeurteilung nicht ohne eine vorausschauende Wertung in die Zukunft beantworten und trägt damit prognostische Züge¹⁾. Darüber hinaus gibt es in der Beurteilung einer Situation als vorsorgebedürftig jedenfalls für diejenigen Autoren Parallelen zur Beurteilung einer Situation als Gefahr, die in § 5 Nr. 2 BImSchG die Realisierung einer Sicherheitszone vor der Gefahrenschwelle sehen²⁾. Denn diese Auffassung knüpft - wie bereits erörtert - bei der Beurteilung der Vorsorge an die Kriterien des Gefahrenbegriffs an, nämlich die Rechtsgutbeeinträchtigung und die Eintrittswahrscheinlichkeit. Folglich handelt es sich hiernach auch bei § 5 Nr. 2 BImSchG um einen Prognosetatbestand, so daß grundsätzlich dieselben Überlegungen gelten, die im Rahmen der Erörterung des § 5 Nr. 1 BImSchG eine Rolle gespielt haben.

Gleiches gilt für diejenigen, die neben prognostischen Zügen eine Planungskomponente im Sinne der Freiraumthese annehmen³⁾.

Zwar können sich für diese Auffassung Schwierigkeiten bei der Abgrenzung zwischen Planung und Prognose ergeben. Diese werden jedoch weitestgehend dadurch ausgeräumt, daß die Freiraumkomponente nicht als "echte"

1) vgl. dazu Marburger, Regeln der Technik, S. 421; Jarras, § 5 BImSchG, Rn 5, 12, 25; Battis, JUS 1977, S. 163; Benda, ET 1981, S. 872; Horn, UPR 1983, S. 220; OVG Münster, DVBL 1976, S. 793

2) deutlich erkennbar bei Breuer, DVBL 1978, S. 829 f.; Papier, DVBL 1979, S. 162; Rehbinder, BB 1976, S. 1 f.; Rengeling, VEnergR Bd. 49, S. 49 f.

3) vgl. etwa Jarras, § 5 BImSchG, Rn 26; nicht so eindeutig, aber in diese Richtung Sellner, NJW 1980, S. 1256 f.

Planungskomponente angesehen wird¹⁾.

Gleiches gilt im Ergebnis allerdings auch für diejenigen, die in § 5 Nr. 2 BImSchG u.a. echte planerische Gesichtspunkte verankert sehen²⁾.

Für diese Ansicht stellt § 5 Nr. 2 BImSchG offenbar eine Kombination von Prognose und Planung dar.

(d) Die Bedeutung des Standes der Technik

Im Rahmen des Vorsorgeprinzips ist der Stand der Technik von besonderer Bedeutung. Denn das Vorsorgeprinzip verlangt u.a., daß Emissionen dem Stand der Technik entsprechend begrenzt werden.

Inhaltlich wird der unbestimmte Gesetzesbegriff des Standes der Technik durch die Legaldefinition des § 3 VI BImSchG näher bestimmt.

Danach ist der Stand der Technik ein Maßstab für die Begrenzung von Emissionen, die durch bestimmte Verfahren, Einrichtungen oder Betriebsweisen erreicht werden kann. Hierzu gehören bekannte Verfahren zur Entstaubung, Abgasreinigung und zur Abscheidung von Tropfen und Aerosolen, emissionsarme Produktionsverfahren oder der Einsatz emissionsarmer Stoffe³⁾.

Mit dem durch den Stand der Technik gesetzten Maßstab soll erreicht werden, daß technische Fortschritte auf dem Gebiet der Emissionsbegrenzung so weit und so schnell wie möglich zur Verhinderung schädlicher Umwelteinwirkungen nutzbar gemacht werden⁴⁾.

Darin liegen gegenüber altem Recht wesentliche Neuerungen, die das Bundesverfassungsgericht im Kalkar-Beschluß⁵⁾ zutreffend folgendermaßen gekennzeichnet hat:

"Das Gesetz kann, wie beispielsweise im § 3 I des Gesetzes über technische Arbeitsmittel (Maschinenschutzgesetz) (BGBl 1968 I.S.717) auf die allgemein anerkannten Regeln der Technik verweisen. Bei dieser Art der Verknüpfung von Recht und Technik können die Behörden und Gerichte sich darauf beschränken, die herrschende Auffassung unter den

1) so Jarras, § 5 BImSchG, Rn 26, 36

2) wie etwa Feldhaus, DVBL 1980, S. 135

3) so Feldhaus, § 3 BImSchG, Erl. 15; Christ, TA-Lärm, S. 71

4) vgl. BVerfGE 49, S. 135

5) vgl. Junker/Kabelitz/de La Riva/Schwarz, TA-Luft, Glossar F, S. 54; Feldhaus, DVBL 1981, S. 168, 6a; Jost, TA-Luft, Erl. Teil 5, Kap. 3.4.5.4, S. 1 f.

technischen Praktikern zu ermitteln, um festzustellen, ob das jeweilige technische Arbeitsmittel in den Verkehr gebracht werden darf oder nicht. Der Nachteil dieser Lösung besteht jedoch darin, daß die Rechtsordnung mit dem Maßstab der allgemein anerkannten Regeln stets hinter einer weiterstrebenden technischen Entwicklung hinterher hinkt.

Dies wird vermieden, wenn das Gesetz auf den Stand der Technik abhebt (wie z.B. in § 5 Nr. 2 BImSchG). Der rechtliche Maßstab für das Erlaubte oder Gebotene wird hierdurch an die Front der technischen Entwicklung verlagert, da die allgemeine Anerkennung und praktische Bewährung allein für den Stand der Technik nicht ausschlaggebend sind. Bei der Formel vom Stand der Technik gestaltet sich die Feststellung und Beurteilung der maßgeblichen Tatsachen für Behörden und Gerichte allerdings schwieriger. Sie müssen in die Meinungsstreitigkeiten der Techniker eintreten, um so zu ermitteln, was technisch notwendig, geeignet, angemessen und vermeidbar ist".

Diese Ausführungen belegen, daß die Ermittlung des Standes der Technik bisweilen sehr schwierig sein kann, weil die Meinungen hinsichtlich der Frage, was genehmigungsfähig ist und was nicht, weit auseinandergehen können¹⁾. Damit eine Maßnahme dem Stand der Technik entspricht, müssen i.d.R. folgende Voraussetzungen erfüllt sein:

- Die Wirksamkeit der Emissionsminderung muß feststehen,
- die Anlage zur Emissionsminderung muß eine ausreichende Lebensdauer haben und betriebssicher sein,
- die Anlage muß verfügbar sein. Ist eine Anlage zwar hinsichtlich der Emissionsminderung wirksamer, jedoch noch wenig erprobt und daher mit einem besonderen Betriebsrisiko behaftet, so wird eine weniger wirksame, aber betriebssicherere Anlage zu wählen sein.
- Andere unzulässige Umweltbeeinträchtigungen dürfen nicht verursacht werden,
- Investitions- und Betriebsaufwand dürfen nicht zu hoch sein, daß eine dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne entsprechende

1) vgl. dazu Häusler, RdE 1979, S. 73; Sellner, Immissionsschutzrecht, Rn 62; Bender, Spannungsausgleich, S. 33, 34

Lösung nicht mehr vorliegt¹⁾.

Der Katalog verdeutlicht, daß hier Prognosen eine ebenso große Rolle spielen können wie Wertungsfragen.

Gewisse Konkretisierungshilfen bieten für die Behörde technische Regelwerke, die allerdings nicht in allen Fällen Klarheit verschaffen können. So können fortschrittliche Verfahren zur Begrenzung der Emissionen u.a. den VDI-Richtlinien, den DIN-Vorschriften und den beim deutschen Patentamt veröffentlichten Patent- und Gebrauchsmustervorschriften entnommen werden²⁾.

Auch die TA-Luft spielt in diesem Zusammenhang eine Rolle.

Allerdings enthält die TA-Luft in Nr. 2.2.1.4 kein konkretes Prüfungsschema hinsichtlich der Voraussetzungen des § 5 Nr. 2 BImSchG.

Vielmehr ist dort nur allgemein geregelt, daß die Anlagen mit dem den Stand der Technik entsprechenden Einrichtungen zur Begrenzung der Emissionen auszurüsten und die Emissionen nach Nr. 2.4, d.h., über Schornsteine, abzuleiten sind.

Nr. 2.2.1.4 verwendet ebenso wie § 5 Nr. 2 BImSchG den in § 3 VI BImSchG legal definierten Begriff "Stand der Technik", enthält aber selbst keine Definition dieses Begriffes³⁾.

Demgegenüber sind die stoffbezogenen Emissionswerte der Nummern 2.3.2 bis 2.3.5 TA-Luft und die auf Anlagearten bezogenen Emissionswerte der Nummer 3 TA-Luft als aus Gründen der Vorsorge festgesetzte Emissionsbegrenzungen anzusehen⁴⁾.

Als solches sind sie Werte, deren Überschreiten nach dem Stand der Technik vermeidbar ist.

So werden z.B. Entstaubungsanlagen nicht (mehr) dem Stand der Technik entsprechen, wenn bei deren Betrieb die jeweiligen Emissionswerte der TA-Luft überschritten werden⁵⁾. Darüber hinaus werden auch Anlagen nicht mehr als

1) vgl. Junker/Kabelitz/de La Riva/Schwarz, TA-Luft, Glossar F., S. 54; vgl. zum Verhältnismäßigkeitsprinzip auch Pütz/Buchholz, aaO. S. 26; Sellner, Immissionsschutzrecht, Rn 62

2) vgl. Schmatz/Nöthlichs, § 3 BImSchG, Erl. 16; Junker/Kabelitz/de La Riva/Schwarz, TA-Luft Glossar F., S. 54, 55

3) siehe Junker/Kabelitz/de La Riva/Schwarz, Kommentierung E 2.2, S. 4

4) sehr streitig, vgl. etwa Feldhaus, § 3 BImSchG, Erl. 18

5) so auch Pütz/Buchholz, aaO. S. 26

fortschrittlich anzusehen sein, bei denen die Emissionswerte eingehalten werden, wenn in der Praxis wirksamere Verfahren entwickelt worden sind. Insgesamt sind die Streitfragen um die Auslegung des Begriffs des Standes der Technik ausgesprochen ungeklärt. Das gilt besonders dann, wenn die Behörde keine konkretisierte Entscheidungsgrundlage - wie etwa die TA-Luft - vorfindet.

Nach Sellner¹⁾ kommt es i.d.R. auf den Einzelfall an. Allgemein geklärt ist nur, daß bei der Entscheidung darüber, ob eine Maßnahme noch als fortschrittlich und damit dem Stand der Technik entsprechend angesehen werden kann, es immer auf eine Abwägung des technisch Notwendigen, Geeigneten und Angemessenen ankommt²⁾.

Die Ermittlung des Standes der Technik ist deshalb auch nicht nur ein Akt der Tatsachenfeststellung, sondern darüber hinaus ein Bewertungs- und Abwägungsvorgang³⁾, bei dem auch prognostische Elemente eine Rolle spielen, da die Ausfüllung des Standes der Technik innerhalb einer bestimmten Bandbreite mehrere Möglichkeiten der konkreten Ausfüllung zuläßt⁴⁾.

Gewisse Verbesserungen bei der Ermittlung des Standes der Technik sind allerdings unlängst durch den Erlass der 13. Verordnung zur Durchführung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes (Verordnung über Großfeuerungsanlagen) erreicht worden. Die am 1. Juli 1983 in Kraft getretene Verordnung schreibt den Stand der Technik zur Emissionsbegrenzung bei Großfeuerungsanlagen vor mit dem Ziel, daß Vorsorge gegen schädliche Umwelteinwirkungen gem. § 5 Nr. 2 BImSchG getroffen wird⁵⁾.

Als Rechtsverordnung bindet die Großfeuerungsanlagenverordnung gleichermaßen Behörden und Gerichte, so daß insoweit eine Verbesserung im Verhältnis zur Regelung durch Verwaltungsvorschriften erreicht worden ist. Die bestehenden Rechtsunsicherheiten sind allerdings durch die Großfeuerungsanlagenverordnung nur teilweise beseitigt worden. Einerseits entbindet die Verordnung die Genehmigungsbehörden nicht von der Prüfung, ob auch

1) Immissionsschutzrecht, Rn 62

2) wie hier Kutscheidt in: Landmann/Rohmer, § 3 BImSchG, Rn 29 f.; Pütz/Buchholz, aaO. S. 26; Sellner, Immissionsschutzrecht, Rn 62

3) so zutreffend Feldhaus, DVBL 1981, S. 170

4) vgl. dazu Feldhaus, UPR 1982, S. 146

5) vgl. dazu Dreißigacker/Surendorf/Weber, Luftreinhaltung, S. 1; Hermann, RdE 1983, S. 134; Hansmann, UPR 1983, S. 322

die Voraussetzungen nach § 5 Nr. 1 und Nr. 3 BImSchG erfüllt sind¹⁾. Die in diesem Zusammenhang dargestellten Schwierigkeiten bleiben bestehen.

Im übrigen gilt die Verordnung nur für Anlagen ab einer bestimmten Feuerungswärmeleistung²⁾ und für einige Anlagen überhaupt nicht³⁾. In derartigen Fällen bereitet die Ermittlung des Standes der Technik weiterhin Schwierigkeiten. Von entscheidender Bedeutung ist ferner die Tatsache, daß der Gesetzesvollzug bei Altanlagen ungeklärt ist⁴⁾. Da sich in der Praxis Anlagenbetreiber und Behörden abstimmen werden, welche Anforderungen die Anlage aus dem Blickwinkel der Vorsorge zu erfüllen hat⁵⁾, bleibt es bei den Schwierigkeiten zur Ermittlung des Standes der Technik.

Andererseits läßt die Großfeuerungsanlagenverordnung in § 33 Ausnahmen von deren Anforderungen zu. Diese Vorschrift wird für die Praxis erhebliche Auswirkungen haben und führt dazu, daß in derartigen Ausnahmefällen die Ermittlung des Standes der Technik nach wie vor schwierig sein wird.

(e) Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden:

Trotz der erheblichen Schwierigkeiten bei näherer Umschreibung von Begriff und Funktion der Vorsorge enthält auch die Vorschrift des § 5 Nr. 2 BImSchG prognostische Elemente.

Die immissionsschutzrechtliche Vorsorgebeurteilung unterscheidet sich in ihrer Intensität allerdings erheblich von sonstigen Prognosen, was im wesentlichen darauf zurückzuführen ist, daß durch die Verwendung des Begriffes Stand der Technik ein besonders enges Verhältnis zum technischen Sicherheitsrecht geknüpft wird.

Die Beurteilung der Frage, ob die nach dem Stand der Technik erforderliche Vorsorge getroffen ist, gestaltet sich häufig nicht nur als ein Akt der Tatsachenfeststellung, sondern erfordert darüber hinaus ein Bewerten und Abwägen, da mehrere Möglichkeiten innerhalb einer bestimmten Bandbreite gegeben sein können.

1) siehe Hermann, RdE 1983, S. 134

2) vgl. § 1 I u. II der Großfeuerungsanlagen VO

3) vgl. § 1 IV der Großfeuerungsanlagen VO

4) so auch Hermann, RdE 1983, S. 137

5) so die realistische Einschätzung von Hermann, RdE 1983, S. 138; vgl. auch Hansmann, UPR 1983, S. 324

Die Schwierigkeiten bei der Ermittlung des Standes der Technik sind teilweise durch die Großfeuerungsanlagenverordnung beseitigt worden.

d) Auswirkungen auf die verwaltungsgerichtliche Kontrolldichte

aa) Das Vorliegen prognostischer Züge als Indiz für verwaltungsbehördliche Entscheidungsvorrechte

Es fragt sich, welche Folgerungen aus der normspezifischen Struktur der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung zu ziehen sind. Die Untersuchung hat gezeigt, daß es sich bei dem von der Genehmigung nach § 6 BImSchG erfaßten Gegenstand um eine hochkomplexe und dynamische Materie handelt. Ferner ist deutlich geworden, daß die Bedingungen, unter denen die immissionsschutzrechtliche Genehmigung erteilt wird, wegen der Verwendung unbestimmter Gesetzesbegriffe so unpräzise sind, daß sie allenfalls Anhaltspunkte für die Verwaltung sein können¹⁾.

Das Normenprogramm muß daher vom Rechtsanwender komplettiert, anschließend seine Bedeutung für den Fall ermittelt und schließlich die Subsumtion vorgenommen werden. Dieser Vorgang enthält in mehrfacher Hinsicht Wertungsfragen und ist damit Rechtsverwirklichung innerhalb mehr oder weniger weiter subjektiver Divergenzspannen²⁾. Gleichsam eingebettet in diesen Prozeß ist der immissionsschutzrechtliche Gesamtprognosevorgang, der teilweise von komplizierten Fragen des technischen Sicherheitsrechts abhängt. Dementsprechend ist das BImSchG durch eine Verwobenheit von unbestimmten Gesetzesbegriffen und in die Zukunft gerichteter komplexer Prognoseentscheidungen gekennzeichnet.

Dieser Befund könnte die Annahme rechtfertigen, daß bei derartigen hochkomplexen Rechtsanwendungsaufgaben das Verwaltungshandeln nicht mehr durchgehend determiniert ist, sondern eine Bandbreite von Entscheidungsmöglichkeiten offenläßt.

Andererseits ist es wiederum fraglich, ob allein die Tatsache, daß die Genehmigung nach dem BImSchG eine Prognoseentscheidung impliziert

1) so zutreffend van Buiren/Ballerstedt/Grimm, aaO. S. 33

2) vgl. dazu Krebs, VerwArch 70 (1979), S. 268

zur Annahme exekutivischer Beurteilungsspielräume ausreicht¹⁾. Denn nach unserem Verfassungsrecht kommt die "Letzterkenntnisbefugnis" grundsätzlich den Gerichten zu. Diese Befugnis besteht zu einem wesentlichen Teil in der verbindlichen Interpretation unbestimmter Gesetzesbegriffe und in der verbindlichen Subsumtion von Grenz- und Zweifelsfällen unter diese Begriffe²⁾. Dieser Grundsatz läßt Ausnahmen nur in besonderen Fällen zu³⁾. Es ist daher im Einzelfall bei der Anwendung einer nicht ohne weiteres klaren Vorschrift zu fragen, inwieweit der Gesetzgeber die Befugnis zur letztverbindlichen Entscheidung auf die Behörde verlagern wollte⁴⁾. Dafür mag die Ausgestaltung einer exekutivischen Genehmigung mit prognostischen Zügen eines von zahlreichen Indizien sein⁵⁾, kann aber allein keine ausreichende Begründung für die Ausnahme von der oben aufgestellten Regel liefern. Immerhin ist diese Erkenntnis insoweit aufschlußreich, als bei Vorliegen eines weiteren sachstrukturellen Anhaltspunktes ein Entscheidungsvorrecht befürwortet werden könnte.

bb) Weitere sachstrukturelle Anhaltspunkte

(1) Der Gedanke der wertenden und unvertretbaren gremiengebundenen Entscheidung als Anhaltspunkt für ein behördliches Entscheidungsvorrecht

Fraglich ist, ob der Gedanke der wertenden und unvertretbaren Entscheidung eines kollegialen Gremiums den zusätzlich erforderlichen Anhaltspunkt für ein behördliches Entscheidungsvorrecht liefert.

1) so auch Hoppe, BVerwG-FS, S. 310; Erichsen, DVBL 1985, S. 26; Backherms, JUS 1980, S. 13; vgl. ferner Kutscheidt in: 6. Deutsches Atomrechts-Symposium, S. 75; Schmitt Glaeser/Meins, Immissionsschutz, S. 250; Erbel, DVBL 1973, S. 530; Frotscher, NJW 1981, S. 1717; vgl. aber auch Walter Schmidt, Einführung, Rn 103 f., der bereits bei Prognosebegriffen Beurteilungsspielräume annimmt.

2) vgl. BVerwGE 42, 22; 45, 323; Jesch, AöR 82 (1957), S. 249

3) so auch Hoppe, DVBL 1974, S. 692

4) vgl. dazu Weyreuther, BauR 1977, S. 308

5) das betonen Tettinger, DVBL 1982, S. 425; Erichsen, DVBL 1985, S. 26; Nierhaus, DVBL 1977, S. 23; Hofer-Zeni, Ermessen, S. 133; Rittstieg, Konkretisierung, S. 170 f.

Im Bereich der mit Wertungen verbundenen unvertretbaren Prognoseentscheidungen gremiengebundener Organe ist ein Beurteilungsspielraum anerkannt¹⁾, so daß daraus möglicherweise Schlußfolgerungen für die hier behandelte Problematik gezogen werden können.

Es ist aber zweifelhaft, ob dieser Gedanke auf die immissionsschutzrechtliche Genehmigung übertragbar ist²⁾. Denn einerseits liegt der Grund für die Kontrollrestriktion in diesem Bereich darin, daß die zu kontrollierende Entscheidung von unauflöslicher Subjektivität geprägt ist. Eine vergleichbare Situation liegt im Immissionsschutzrecht aber nicht vor³⁾, da Immissionsprognosen, wenn auch mit großem Aufwand, nachträglich anhand gesicherter Maßstäbe überprüft werden können. Es wäre daher verfehlt, etwa die Frage der "Eignung" einer Schrift zur sittlichen Gefährdung mit der Frage gleichzustellen, ob eine immissionsträchtige Anlage schädliche Umwelteinwirkungen hervorrufen kann. Andererseits wird die immissionsschutzrechtliche Genehmigung nicht von einem besonders sachkundigen, repräsentativen und unabhängigen Gremium getroffen. Darin wird aber letztlich der entscheidende Grund gesehen, warum bei wertenden und unvertretbaren Prognoseentscheidungen für einen Beurteilungsspielraum zu plädieren ist⁴⁾.

Auch aus diesem Grunde ist der Gedanke der wertenden und unvertretbaren Entscheidung nicht auf das Immissionsschutzrecht übertragbar.

(2) § 48 BImSchG als gesetzgeberischer Hinweis auf eine Entscheidungsprärogative

Hinweise auf ein verwaltungsbehördliches Entscheidungsvorrecht könnten sich aus § 48 BImSchG ergeben. § 48 BImSchG ermächtigt die Exekutive zum Erlaß allgemeiner Verwaltungsvorschriften über Immissionswerte, die zu dem in § 1 BImSchG genannten Zweck nicht überschritten werden dürfen, Emissionswerte, deren Überschreiten nach dem Stand der Technik

1) vgl. nur BVerwG, DÖV 1972, S. 419 f.; Bachof, JZ 1972, S. 208; Ossenbühl, DÖV 1972, S. 401 f.

2) bejahend (für Atomrecht) Mahlmann in: 1. Deutsches Atomrechts-Symposium, S. 277, 278

3) wie hier Ipsen, AöR 107 (1982), S. 291; Nierhaus, DVBL 1977, S. 23; Tettinger, DVBL 1982, S. 426; vgl. ferner Schmitt Glaeser/Meins, Immissionsschutz, S. 252, 253; ablehnend auch Breuer, VEnergR Bd. 50, S.49

4) zutreffend Breuer, AöR 101 (1976), S. 77; ders., in: Der Staat 1977, S. 51

vermeidbar ist so wie das Verfahren zur Ermittlung der Emissionen und Immissionen.

Musterbeispiele für solche Verwaltungsvorschriften sind die TA-Luft und die TA-Lärm.

§ 48 BImSchG könnte für die hier behandelte Problematik insoweit von besonderer Bedeutung sein, als sich aus dieser Vorschrift eventuell entnehmen läßt, daß für die Gerichte derartige Verwaltungsvorschriften im Umfang ihrer Regelung eine Bindungswirkung entfalten. Sollte dieses der Fall sein, wäre der zusätzlich zum prognostischen Charakter der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung erforderliche Hinweis auf ein verwaltungsbehördliches Letztentscheidungsrecht nachgewiesen. Die Folge wäre eine - im einzelnen noch darzustellende - Verringerung der verwaltungsgerichtlichen Kontrolldichte.

(a) Entstehungsgeschichte der Vorschrift

Nach dem Willen des Gesetzgebers ist § 48 BImSchG insofern von besonderer Bedeutung, als diese Norm zunächst einen an die Exekutive gerichteten Auftrag zur Konkretisierung und Interpretation der unbestimmten Gesetzesbegriffe des BImSchG enthält.

Die genauen Grenzen der Anforderungen des BImSchG sind, vor allem im Bereich des anlagenbezogenen Immissionsschutzes, im Einzelfall häufig unsicher. Die Ursache dafür liegt im wesentlichen in der Verankerung unbestimmter Gesetzesbegriffe sowie der Komplexität der Regelungen¹⁾. Hinzu kommen die Probleme, die mit dem mehrfach ineinander verschachtelten Gesamtprognosevorgang im Rahmen der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung zusammenhängen.

Dadurch wird ein wirksamer Umweltschutz sehr behindert, da die zuständigen Behörden zögern werden, Maßnahmen zu ergreifen, wenn unklar ist, wie weit sie gehen können oder verlässliche Anhaltspunkte für das Prognoseverfahren nicht vorliegen.

Angesichts dieser Situation entschloß sich der Gesetzgeber zum Erlaß der ausdrücklichen Ermächtigungsnorm des § 48 BImSchG und erteilte damit der Exekutive einen Konkretisierungsauftrag. In der amtlichen Begründung zu § 48 BImSchG²⁾ heißt es dazu:

1) vgl. dazu Jarras, § 48 BImSchG, Rn 1

2) abgedruckt bei Muthesius, S. 83

"Verwaltungsvorschriften über Immissionswerte und Emissionswerte werden Hinweise darüber enthalten, unter welchen Voraussetzungen Immissionen nach Art, Ausmaß und Dauer als geeignet anzusehen sind, Gefahren, erhebliche Nachteile oder erhebliche Belästigungen für die Allgemeinheit oder die Nachbarschaft herbeizuführen (§ 3 I), also schädliche Umwelteinwirkungen¹⁾ besorgen lassen. Allgemeine Verwaltungsvorschriften über Emissionswerte sollen dazu dienen, den Stand der Technik²⁾ bei der Begrenzung der jeweiligen Emissionen anzugeben".

Die zitierte Textstelle aus der amtlichen Begründung verdeutlicht, daß es dem Gesetzgeber exakt um die Ausfüllung des mit der Verwendung unbestimmter Gesetzesbegriffe bewußt offengelassenen Freiraums durch die Exekutive ging.

Darüber hinaus wollte der Gesetzgeber offenbar die Pflicht zum Erlaß derartiger Vorschriften einerseits und den besonderen Rang³⁾ solcher Verwaltungsvorschriften nach ihrem Erlaß akzentuiert hervorheben⁴⁾.

Auch das wird durch die amtliche Begründung bestätigt, in der es heißt: "§ 48 enthält eine ausdrückliche Ermächtigung der Bundesregierung zum Erlaß allgemeiner Verwaltungsvorschriften.

Diese haben im Bereich des Immissionsschutzes seit je erhebliche praktische Bedeutung. Allgemeine Verwaltungsvorschriften erscheinen besonders geeignet, wenn es wie hier darauf ankommt, das Verwaltungshandeln einer rasch fortschreitenden technischen Entwicklung anzupassen.

Die Entwicklung in den letzten Jahren hat erkennen lassen, in welchem schnellen Ablauf im Bereich des Immissionsschutzes neue technische Methoden entwickelt und vorhandene verbessert werden. Wie schon im geltenden Recht, werden allgemeine Verwaltungsvorschriften für die Prüfung der Anträge im Genehmigungsverfahren (und zwar §§ 6 ff.) besonders praktisch werden"⁵⁾.

Diese Ausführungen sprechen zusammen mit den vorherigen dafür, daß der Gesetzgeber im Zusammenhang mit der Ausfüllung unbestimmter Gesetzesbe-

1) eigene Hervorhebung

2) eigene Hervorhebung

3) eigene Hervorhebung

4) so auch Sellner, BauR 1980, S. 403; Czajka, DÖV 1982, S. 106; ferner Kutscheidt in: Salzwedel, Grundzüge des Umweltrechts, S. 260

5) abgedruckt bei Muthesius, S. 82, 83

griffe die verbindliche Konkretisierung derartiger Begriffe einschließlich des dabei anzuwendenden Verfahrens letztverbindlich auf die Verwaltung übertragen wollte¹⁾.

Fraglich ist allerdings, ob dieser Deutung nicht die Gesetzesmotive zu § 6 BImSchG entgegenstehen, in denen es heißt:

"Die Vorschrift enthält eine abschließende Aufzählung der Genehmigungsvoraussetzungen. Liegen diese vor, hat der Antragsteller einen Rechtsanspruch auf die Erteilung der Genehmigung. Die einzelnen Nummern (des § 5) enthalten unbestimmte Rechtsbegriffe. Für ein Ermessen der Genehmigungsbehörde ist kein Raum. Die Verwaltungsgerichte können im vollen Umfang nachprüfen, ob die Genehmigungsbehörde die festgestellten Tatsachen richtig unter die genannten Rechtsbegriffe subsumiert hat"²⁾.

Da nach der amtlichen Begründung die unbestimmten Gesetzesbegriffe vollinhaltlich überprüfbar sind, erscheint eine verbindliche Konkretisierungsbefugnis der Behörde damit schwer in Einklang zu bringen.

Andererseits offenbaren gerade die Motive zu § 6 BImSchG einerseits und zu § 48 BImSchG andererseits, daß das BImSchG von einer schwer auflösbaren Spannung durchzogen wird³⁾.

Auf der einen Seite folgen die Vorschriften über die Anlagengenehmigung dem Prinzip strikter Rechtsstaatlichkeit, indem die unbestimmten Gesetzesbegriffe vollinhaltlich der gerichtlichen Kontrolle unterworfen sind.

Auf der anderen Seite statuiert das Gesetz in § 48 BImSchG die Befugnis der Exekutive zu eigenständigen Regelungen.

Rechtsprechung und Literatur haben daher von Anfang an vor dem Problem gestanden, wie dieses Spannungsverhältnis aufzulösen ist, insbesondere wie allgemeine Verwaltungsvorschriften, in denen sich administrativer Sachverstand manifestiert, rechtlich einzuordnen sind.

Insbesondere die Gerichte standen dabei vor der Entscheidung, dieser sachkundigen Norminterpretation zu folgen⁴⁾ oder eigene Ermittlungen anzustellen⁵⁾.

1) wie hier Wahl, DVBL 1982, S. 61; Sellner, BauR 1980, S. 403; ähnlich Salzwedel, Probleme, S. 48

2) abgedruckt bei Muthesius, S. 24, 25

3) so zutreffend Breuer, AnwBL 1977, S. 375

4) vgl. BayVGh, BayVBL 1977, S. 303 über die Vertretbarkeitslehre; BVerwG, DVBL 1978, S. 591 f. über die Konstruktion des "antizipierten Sachverständigengutachtens"

5) so z.B. OVG Münster, DVBL 1976, S. 795 (Voerde, 2. Instanz)

Verwaltungsvorschriften, wie die TA-Luft oder die TA-Lärm erzeugen (angeblich) nach allgemeiner Ansicht für die Gerichte keine direkte Bindungswirkung¹⁾. Sie sind nur an die Exekutive gerichtet, und nur diese ist in ihrer Entscheidung daran gebunden.

Bedeutend uneinheitlicher stellt sich die Rechtsprechung dagegen dar, wenn man die mittelbare Bedeutung dieser Verwaltungsvorschriften für die Verwaltungsgerichte untersucht. Der Einfluß der Verwaltungsvorschriften wird hier teilweise als "Lösung für den Regelfall"²⁾, als "Anhaltspunkt"³⁾, als "bloßes Beweisanzeichen"⁴⁾ oder als "antizipiertes Sachverständigen-gutachten"⁵⁾ bewertet.

Die letztere Auffassung wurde vom Bundesverwaltungsgericht⁶⁾ im Fall-Voerde unter Berufung auf Breuer⁷⁾ vertreten.

Danach besteht eine mittelbare Bindungswirkung insoweit, als den durch die TA-Luft festgelegten Immissionswerten auch für die gerichtliche Beurteilung der Schädlichkeit von Umwelteinwirkungen vorbehaltlich besserer Erkenntnisse die Bedeutung eines antizipierten Sachverständigen-gutachtens beigemessen wird⁸⁾.

Begründet wird das mit der gesetzlich vorgeschriebenen Art und Weise der Bestimmung dieser Werte (vgl. § 51 BImSchG) und mit der ihnen zugeordneten Funktion.

In der Literatur hatte diese Ansicht der Rechtsprechung - von Ausnahmen abgesehen - im wesentlichen Zustimmung gefunden⁹⁾.

Begrüßt wurde insbesondere die mit einer mittelbaren Bindungswirkung verbundene Rechtssicherheit für investitionswillige Anlagenbetreiber¹⁰⁾.

1) vgl. Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften, S. 557 f.; Heinze, BB 1976, S. 772; Riegel, BB 1976, S. 1633; Czajka, ET 1981, S. 540; OVG Münster, DVBL 1976, S. 793

2) vgl. OVG Münster, DVBL 1979, S. 317; OVG Berlin, GewArch 1979, S. 66 f.

3) OVG Lüneburg, GewArch 1975, S. 303 f.

4) OVG Hamburg, DVBL 1975, S. 207 f.

5) BVerwG, DVBL 1978, S. 591 f.

6) in: DVBL 1978, S. 591 f.

7) vgl. Breuer, DVBL 1978, S. 34 f.; ders. in: AöR 101 (1976), S. 79 f.

8) vgl. BVerwG, DVBL 1978, S. 593, 594

9) vgl. Frotscher, JUS 1983, S. 779, 780; v. Lersner, Instrumente, S. 14; schon vor der Voerde-Entscheidung Schmitt Glaeser/Meins, Immissions-schutz, S. 245, 246

10) so Schmölling/Mäder, GewArch 1979, S. 52

Mittlerweile werden allerdings zu Recht gegen die Konstruktion des antizipierten Sachverständigengutachtens schwerwiegende Bedenken geltend gemacht. Diese Lösung ist weder dogmatisch, noch aus praktischen Erwägungen geeignet, das im Immissionsschutzrecht bestehende Spannungsverhältnis aufzulösen. Dogmatisch gesehen läßt sich die Konstruktion des antizipierten Sachverständigengutachtens nicht als neue Rechtskategorie in den Kanon verwaltungsrechtlicher Handlungsformen einordnen¹⁾.

Deshalb vermag diese Konstruktion auch keine geeignete Begründung dafür zu liefern, warum allgemeine Verwaltungsvorschriften im Interesse einer - auf jeden Fall zu begrüßenden - Rechtssicherheit investitionswilliger Anlagenbetreiber Bindungswirkung entfalten sollten. Die Überlegungen des Bundesverwaltungsgerichts sind vielmehr vordergründig, indem einerseits eine normative Auswirkung ausdrücklich abgelehnt wird²⁾, andererseits das Ergebnis der gewählten Konstruktion einer Außenwirkung sehr nahekommt.

Andererseits handelt es sich weder bei der TA-Luft noch bei der TA-Lärm nur um die Bereitstellung naturwissenschaftlich-technischer Erkenntnisse, wie sie in Sachverständigengutachten normalerweise geliefert werden. Das soll anhand eines Beispiels verdeutlicht werden:

Angenommen, es stehe fest, daß von einem konventionellen Kraftwerk Schwefeldioxydmissionen ausgehen würden, die im Einwirkungsbereich der Anlage zu einer genau bestimmbar Schwefeldioxydkonzentration führen würden. Angenommen weiter, im Einwirkungsbereich der Anlage wohnen Menschen. Will man nun entscheiden, ob die Schwefeldioxydkonzentration schädliche Umwelteinwirkungen hervorruft, d.h., Immissionen, die geeignet sind, Gefahren für die Allgemeinheit oder die Nachbarschaft herbeizuführen, so müssen folgende Fragen geklärt werden:

- Welche Art möglicher Schäden sind Voraussetzungen des Vorliegens einer Gefahr im Sinne des Immissionsschutzrechts?
- Bei welcher Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts ist von einer Gefahr im Sinne des Immissionsschutzrechts zu sprechen?
- Welche Schäden kann die Schwefeldioxydkonzentration herbeiführen?

1) vgl. auch Krebs, VerwArch 70 (1979), S. 263

2) vgl. BVerwG, DVBL 1978, S. 593

- Mit welcher Wahrscheinlichkeit werden diese Schäden eintreten?

Die ersten beiden Fragen orientieren sich an der Definition des immissions-schutzrechtlichen Gefahrenbegriffs, nämlich der Rechtsgutbeeinträchtigung und der Eintrittswahrscheinlichkeit¹⁾.

Im wesentlichen geht es dabei um juristische Auslegungsprobleme, da die beiden Bedeutungskomponenten des Gefahrenbegriffs unbestimmt sind.

Dagegen handelt es sich bei den letzten beiden Fragen um solche, die nur naturwissenschaftlich zu beantworten sind.

Es ist nun bereits deutlich geworden, daß im Zusammenhang mit der Auslegung des Gefahrenbegriffs die Technischen Anleitungen insoweit eine besondere Rolle spielen, als daß sie für die Genehmigungsbehörde eine rechtlich verbindliche Grenzwertfixierung darstellen.

M.a.W.: der Vorgang der Konkretisierung unbestimmter Gesetzesbegriffe ist insoweit für die Behörde "erleichtert", als daß bei Überschreitung dieser Werte mit rechtlich relevanter Wahrscheinlichkeit rechtlich relevante Schäden auftreten.

Eine Grenzwertfixierung in den Technischen Anleitungen beantwortet damit alle vier Fragen, die vorstehend für die Entscheidung über das Vorliegen einer Gefahr als bedeutsam angesehen wurden.

Faßt man nun die Technischen Anleitungen als antizipierte Sachverständigengutachten auf, so entscheiden Sachverständige sowohl über die rechtlich zu beantwortenden (Auslegungs-) Fragen der Eintrittswahrscheinlichkeit und der möglicher Schäden als auch über die naturwissenschaftlich zu beantwortenden Fragen, welche Schäden mit welcher Wahrscheinlichkeit herbeigeführt werden können.

Das geht bei weitem über das hinaus, was Sachverständigengutachten herkömmlicher Weise leisten²⁾ und belegt deutlich die dogmatischen Schwächen der vom Bundesverwaltungsgericht gewählten Konstruktion.

Es kommt hinzu, daß die Eignung einer Stellungnahme zum Gutachten durch die Pflicht des gerichtlichen Sachverständigen zur Objektivität und Unparteilichkeit bei der Gutachtenerstattung bestimmt wird.

1) siehe oben IV, 1 c, bb, (1)

2) wie hier Kutscheidt, NVwZ 1983, S. 584; Darnstädt, Prognosetatbestände im Sicherheitsrecht, S. 160; Koch/Rußmann, Begründungslehre, S. 209; vgl. ferner Ipsen, AöR 107 (1982), S. 270; Sandler, UPR 1981, S. 13; Papier, DVBL 1979, S. 163; Salzwedel, Probleme, S. 45; Badura, JA 1984, S. 89; Fiedler, Universitas 1981, S. 170; a.A. aber Marburger, Schadensvorsorge, S. 158

Daran fehlt es aber bei den allgemeinen Verwaltungsvorschriften, die auf der Grundlage des § 48 BImSchG von der Bundesregierung erlassen werden. Denn im Verwaltungsstreitverfahren ist die Exekutive sowohl Partei als auch Autor der jeweiligen technischen Festlegungen¹⁾, so daß bei dieser Interessenkonzentration wohl kaum von Unparteilichkeit die Rede sein kann.

Darüber hinaus sprechen auch praktische Bedenken gegen die Wertung der TA-Luft und TA-Lärm als antizipierte Sachverständigengutachten. Denn die vom Bundesverwaltungsgericht und Teilen der Literatur propagierte Bindungswirkung steht unter dem Vorbehalt neuerer, besserer Erkenntnisse²⁾.

In jedem neuen Prozeß kann deshalb darüber gestritten werden, ob bestimmte Grenzwerte, bestimmte Meßverfahren immer noch dem neuesten Stand der naturwissenschaftlichen und technischen Erkenntnisse entsprechen³⁾. Auch aus diesem Grunde ist die vom Bundesverwaltungsgericht gewählte Konstruktion nicht geeignet, mehr Rechtssicherheit herbeizuführen und die Verwaltungsgerichte von der Prüfung technischer und naturwissenschaftlicher Fragen zu entlasten⁴⁾.

Ein Ausweg ist jedoch dann gegeben, wenn den Behörden mit der hier vertretenen Ansicht eine verbindliche Konkretisierungsbefugnis bei der Ausfüllung unbestimmter Gesetzesbegriffe zugestanden wird. Nur so ist das im Immissionsschutzrecht bestehende Spannungsverhältnis sinnvoll aufzulösen.

Dem stehen auch nicht die Motive zu § 6 BImSchG entgegen.

Offenbar hat sich der Gesetzgeber bei § 6 BImSchG von der Vorstellung leiten lassen, daß unbestimmte Gesetzesbegriffe im Regelfall vollinhaltlich überprüfbar sind. Dem ist auch grundsätzlich zuzustimmen, soweit es um Entscheidungen der Behörde geht, die z.B. nicht unter Zuhilfenahme von TA-Luft oder TA-Lärm getroffen werden.

1) vgl. dazu auch Rittstieg, Konkretisierung, S. 207, 208

2) vgl. BVerwG, DVBL 1978, S. 594

3) vgl. dazu Bender, Spannungsausgleich, S. 34; Breuer, NJW 1979, S. 1867; Battis, JA 1978, S. 588; v. Mutius, Jura 1979, Kartei 4/79 öR, § 113 I 1/1; Lukes, Bitburger Gespräche, S. 128: "unzureichender Ansatz"

4) mehr Rechtssicherheit sollte durch Einführung einer sog. "Vermutungsklausel" herbeigeführt werden, vgl. dazu Heigl, BayVBl 1979, S. 528. Das Gesetzgebungsvorhaben ist jedoch gescheitert. Vgl. Dreißigacker/Surendorf/Weber, Luftreinhaltung, S. 3

In allen anderen Fällen muß dagegen die gesetzgeberische Motivation vor dem Hintergrund des § 48 BImSchG gesehen und insbesondere auch der immissionschutzrechtliche Gesamtprognosevorgang berücksichtigt werden. Das rechtfertigt die Annahme einer der Exekutive zustehenden verbindlichen Konkretisierungskompetenz im Rahmen des § 48 BImSchG, da sich ansonsten ein vom Gesetzgeber wohl kaum gewollter unauflöslicher Widerspruch ergäbe.

Das wird sogar von denjenigen konstatiert, die im Ergebnis eine Bindungswirkung der Verwaltungsvorschriften ablehnen.

So heißt es bei Breuer:

"Sollen Verwaltungsvorschriften wie die TA-Luft oder die TA-Lärm die ihnen vom Gesetzgeber¹⁾ zugeordnete Konkretisierungsfunktion erfüllen, so erscheint die Auflockerung der Rechtsbindung sowie der gerichtlichen Kontrolldichte unumgänglich."²⁾

Im Ergebnis sprechen daher die gesetzgeberischen Motive zu § 48 BImSchG dafür, daß die Exekutive verbindlich mit Hilfe allgemeiner Verwaltungsvorschriften Immissionswerte sowie dazugehörige Meß- und Beurteilungsverfahren festsetzen soll.

Fraglich ist allerdings, ob die so verstandene Konkretisierungsbefugnis der Exekutive auch für die Festsetzung von Emissionswerten in der TA-Luft gilt.

Diese Frage spielt insbesondere im Zusammenhang mit der rechtsverbindlichen Konkretisierung des Vorsorgeprinzips eine entscheidende Rolle und soll bereits hier wegen des Sachzusammenhangs geklärt werden.

Teilweise wird in der Literatur³⁾ die Auffassung vertreten, die für die Immissionswerte dargestellten Überlegungen einer verbindlichen Konkretisierung - sei es über die Konstruktion des antizipierten Sachverständigengutachtens, sei es über andere Konstruktionen - könnten nicht auf die in der TA-Luft festgesetzten Emissionswerte übertragen werden. Denn das Vorsorgeprinzip setze keine eindeutig fixierte Einwirkungsgrenze, sondern lege dem Betreiber bestimmte Pflichten nur nach Maßgabe des technischen Realisierbaren und nach der Verhältnismäßigkeit auf⁴⁾.

1) eigene Hervorhebung

2) vgl. Breuer, DVBL 1978, S. 30

3) vgl. Büdenbender, Energierecht, Rn 1108 f.; Papier, DVBL 1979, S. 162; Häusler, RdE 1979, S. 73; Sellner, NJW 1980, S. 1257

4) vgl. Büdenbender, Energierecht, Rn 1108 m.w.N.

Hinsichtlich der Verhältnismäßigkeit müsse eine auf den Einzelfall bezogene und von ihm geprägte Abwägung zwischen den entscheidungsrelevanten ökonomischen, sozialen und finanziellen Auswirkungen erfolgen¹⁾.

Diese Abwägung könne durch Verwaltungsvorschriften nicht vorgegeben sein, so daß insoweit erhebliche Unterschiede zwischen der Festsetzung von Immissionswerten einerseits und Emissionswerten andererseits bestünden²⁾.

Dem sind jedoch die Rechtsprechung³⁾ und Teile des Schrifttums⁴⁾ zu Recht nicht gefolgt. Zwar ist es zutreffend, daß die Anwendung des Vorsorgegrundsatzes durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit begrenzt wird. Die erforderliche Abwägung, ob bestimmte Emissionen nach dem Stand der Technik vermeidbar und verhältnismäßig sind, hat jedoch bereits der Gesetzgeber durch Konkretisierung des Vorsorgegebotes in der TA-Luft getroffen. Dafür spricht jedenfalls zunächst die Entstehungsgeschichte, wo es u.a. auch darum ging, den Stand der Technik mit Hilfe von Verwaltungsvorschriften über Emissionswerte verbindlich zu konkretisieren.

Nach dem Willen des Gesetzgebers sollten offenbar die stoffbezogenen und anlagenbezogenen Emissionswerte in der TA-Luft als aus Gründen der Vorsorge festgesetzten Emissionsbegrenzungen fungieren. Als solche sind sie Werte, deren Überschreiten nach dem Stand der Technik und unter Verhältnismäßigkeitsgründen vermeidbar sind⁵⁾.

Folglich werden entstehungsgeschichtlich auch die Emissionswerte von der Konkretisierungsbefugnis umfaßt.

Dem entspricht auch die neueste Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts⁶⁾ zum Ferntransport von Luftschadstoffen, die davon ausgeht, "es gehe ... im Rahmen des § 5 Nr. 2 BImSchG nicht um eine sich in strenger rechtlicher Gebundenheit vollziehende Anordnung des technisch

1) so vor allem Papier, DVBL 1979, S. 163 und Sellner, NJW 1980, S. 1258

2) vgl. Büdenbender, Energierecht, Rn 1108

3) siehe OVG Berlin, DVBL 1979, S. 159; VGH Mannheim, RdE 1980, S. 213

4) so Feldhaus, DVBL 1980, S. 137; Pütz/Buchholz, aaO. S. 26; Schmölling/Mäder, GewArch 1979, S. 52

5) wie hier Schmölling/Mäder, GewArch 1979, S. 52; Feldhaus, § 3 BImSchG, Erl. 18; Ule, § 5 BImSchG, Rn 4; Pütz/Buchholz, aaO. S. 26; OVG Berlin, DVBL 1979, S. 160

6) vgl. BVerwG, DöV 1984, S. 634

Machbaren, sondern um eine komplexe Neubewertung der Frage, welche Emissionsbegrenzung künftig von allen Anlagen über einen beträchtlichen Zeitraum hinweg als angemessene Vorsorge verlangt wird. Das lasse sich wegen der Natur der dahinterstehenden umfassenden Problematik nicht in unmittelbarer Anwendung des § 5 Nr. 2 auf den jeweiligen Einzelfall entscheiden, sondern setze vorab eine Konkretisierung der diesbezüglichen Betreiberpflichten durch eine Verordnung nach § 7 BImSchG oder eine Verwaltungsvorschrift nach § 48 BImSchG voraus."

(b) Wortlaut der Vorschrift

Die besondere Bedeutung der Verwaltungsvorschriften im Prozeß um die Konkretisierung unbestimmter Gesetzesbegriffe und Durchführung der Prognoseverfahren wird auch durch den Wortlaut des § 48 BImSchG bestätigt.

Nach dem Wortlaut des § 48 BImSchG unterscheiden sich derartige Verwaltungsvorschriften sowohl durch ihren qualifizierten Erlaß, durch die Notwendigkeit, auch die Hemmschwelle des Bundesrates zu überwinden und durch ihre Ansiedlung an der obersten Stelle der Exekutive deutlich von sonstigen allgemeinen Verwaltungsvorschriften¹⁾.

Damit erlangen Verwaltungsvorschriften, die auf der Grundlage des § 48 BImSchG erlassen werden, eine Bedeutung, die sie über gewöhnliche Verwaltungsvorschriften weit hinaushebt.

Denn ansich ist die Ermächtigung in § 48 BImSchG zum Erlaß allgemeiner Verwaltungsvorschriften durch die Bundesregierung unnötig, weil die Befugnis dazu bereits aus Art. 84 Abs. 2 GG folgt²⁾.

Auch diese Überlegungen sprechen dafür, daß die Vorschrift des § 48 BImSchG bei der Konkretisierung unbestimmter Gesetzesbegriffe ein Indiz für eine Kompetenzverlagerung auf die Verwaltung darstellt.

(c) Sinn und Zweck der Vorschrift

Die vorstehenden Überlegungen werden ferner durch Sinn und Zweck des § 48 BImSchG bestätigt. Denn Verwaltungsvorschriften, die auf der Grundlage des § 48 BImSchG erlassen werden, enthalten - wie bereits angedeutet - nach Sinn und Zweck der Vorschrift neben ihrer sachver-

1) dazu auch Sendler, UPR 1981, S. 13; Feldhaus, UPR 1982, S. 147

2) so auch Jarras, § 48 BImSchG, Rn 4

ständigen Aussage eine Entscheidung.

Das erhellt, daß ganz bewußt Entscheidungskompetenzen durch den Gesetzgeber letztverbindlich auf die Verwaltung übertragen worden sind, was folgende Überlegung verdeutlichen soll:

TA-Luft und TA-Lärm beispielsweise sind Umweltstandards, welche die vorgegebene Bandbreite in der wissenschaftlichen Bewertung von Umwelteinflüssen sowie die Verfahren zur Ermittlung der Zumutbarkeit der Immissionsbelastung im Einzelfall reduzieren¹⁾. Diese Reduzierung kann nicht auf Grund wissenschaftlichen Sachverständes, sondern nur auf Grund einer rechtlichen Abwägung geschehen. Denn wenn die Bundesregierung z.B. durch Festlegung eines Immissionswertes auf der mit Zunahme der Immissionsbelastung aufsteigenden Risikokurve einen Fixpunkt setzt, so rezipiert sie damit keine wissenschaftliche Aussage, sondern trifft eine politische Wertung über das hinnehmbare bzw. bei Überschreiten des Wertes nicht mehr hinnehmbare Restrisiko²⁾.

Diese Überlegung klingt auch im Voerde-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts³⁾ an, wo die Immissionswerte als Zumutbarkeitsgrenzen bezeichnet werden. Auf der gleichen Linie liegen auch die Ausführungen von Hollebens⁴⁾, der davon ausgeht, daß mit den Immissionswerten der TA-Luft das zumutbare Restrisiko nach dem neuesten Stand der Wissenschaft auf Grund einer Güterabwägung formuliert worden ist.

Verwaltungsvorschriften auf der Grundlage des § 48 BImSchG sind somit das Ergebnis eines von Sachverstand getragenen, an den sicherheitstechnischen und ökonomischen Notwendigkeiten orientierten Interessenausgleichs, durch welchen die Grenze des erlaubten technischen Risikos festgelegt wird⁵⁾.

1) wie hier Vallendar, GewArch 1981, S. 286; Feldhaus, UPR 1982, S. 144

2) vgl. auch Wahl, DVBL 1982, S. 61; Salzwedel, Probleme, S. 48, 49; Sendler, UPR 1981, S. 13; Feldhaus, UPR 1982, S. 144; ders. in: DVBL 1979, S. 305; vgl. auch Hanning/Schmieder, DB 1977, Beil. Nr. 14, S. 15; den politisch-wertenden Charakter betont auch Meyer-Abich, NJW 1976, S. 2365; a.A. allerdings Darnstädt, Prognosetatbestände im Sicherheitsrecht, S. 160; Koch/Rüßmann, Begründungslehre, S. 209

3) BVerwG, DVBL 1978, S. 594

4) GewArch 1977, S. 49

5) vgl. dazu auch mit anderer Begründung Marburger, Regeln der Technik, S. 423

Im Ergebnis sprechen daher sowohl die Entstehungsgeschichte, als auch der Wortlaut sowie Sinn und Zweck des § 48 BImSchG dafür, daß den auf der Grundlage dieser Ermächtigung erlassenen Verwaltungsvorschriften eine herausragende Bedeutung zukommt. Diese äußert sich vor allem darin, daß nach dem Willen des Gesetzgebers derartige Verwaltungsvorschriften, soweit sie Immissionswerte nebst zugehörigen Meß- und Beurteilungsverfahren enthalten, durch die Exekutive verbindlich festgelegt werden¹⁾. Da die Frage der im Einzelfall zulässigen Immissionswerte und Emissionswerte sowie der Meß- und Beurteilungsverfahren innerhalb des Rahmens komplexer und prognostischer Begriffe wie "schädliche Umwelteinwirkungen" und "Stand der Technik" u.a. auch eine Wertungsfrage ist, würde die Ermächtigung bzw. der Auftrag des § 48 BImSchG weitgehend leerlaufen, wenn diese Vorschrift nicht eine Auswahl- oder Konkretisierungskompetenz umschlösse²⁾.

Auf dieser Linie bewegt sich offenbar auch das bereits zitierte neueste Urteil des Bundesverwaltungsgerichts³⁾ zur Vorsorge gegen Ferntransport von Luftschadstoffen. Denn dort ist die Rede davon, daß es bei Maßnahmen der Emissionsbegrenzung nicht um eine sich in strenger rechtlicher Gebundenheit⁴⁾ vollziehende Anordnung des technisch Machbaren handele, sondern um eine komplexe Bewertung, die vorab⁵⁾ durch eine Verordnung nach § 7 oder Verwaltungsvorschrift nach § 48 BImSchG vorgenommen werde.

1) vgl. Sellner, BauR 1980, S. 403, 404; ablehnend wohl Berg, GewArch 1978, S. 281

2) wie hier Feldhaus, UPR 1982, S. 147; ders. in: DVBL 1981, S. 170; Badura, JA 1984, S. 89; Kutscheidt, NVwZ 1983, S. 584; Vallendar, GewArch 1981, S. 286, 287; im Ergebnis auch Krebs, VerwArch 70 (1979), S. 272, Rengeling, VEnergR, Bd. 49, S. 71; Marburger, Regeln der Technik, S. 421, 422; Sendler, UPR 1981, S. 13; v. Holleben, GewArch 1977, S. 49; ähnlich für das Kernenergierecht Degenhart, Kernenergierecht, S. 101 f.; vgl. auch den neueren Ansatz von Nicklisch, BB 1981, S. 507; ablehnend Engelhardt, § 48 BImSchG, Rn 2; Czajka, ET 1981, S. 540; ders. in: DÖV 1982, S. 105

3) in: DÖV 1984, S. 634

4) vgl. zu diesem Punkt auch Sander, DVBL 1985, S. 273

5) eigene Hervorhebung

(d) Zwischenergebnis: Verbindliche Konkretisierungsbefugnis der Exekutive

Als Zwischenergebnis kann daher festgehalten werden, daß der prognostische Charakter der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung als Indiz einerseits und der gesetzgeberische Hinweis in § 48 BImSchG auf ein Konkretisierungsvorrecht der Exekutive andererseits, zusammen bewirken, daß Emissionswerte, Immissionswerte und Meß- und Beurteilungsverfahren, soweit sie in Verwaltungsvorschriften festgelegt sind, weitgehend der gerichtlichen Kontrolle entzogen sind. Ansonsten würde die Auswahl- und Konkretisierungskompetenz der Exekutive, mit der der Gesetzgeber die Kompetenz zur letztverbindlichen Entscheidung festgelegt hat, weitgehend leerlaufen. Der Vollständigkeit halber soll noch darauf hingewiesen werden, daß - neben dem neuesten Urteil des Bundesverwaltungsgerichts - auf dieser Linie im Ergebnis auch mehrere neuere Entscheidungen liegen, so daß sich der Trend zur Anerkennung einer gewissen exekutivischen Entscheidungsprärogative kaum noch leugnen läßt¹⁾. Nachdem sich bereits das Verwaltungsgericht Schleswig²⁾ im Bereich des Atomrechts dazu bekannt hatte, Abschätzungs- und Bewertungsfragen zum Stand von Wissenschaft und Technik nicht mehr letztverbindlich zu entscheiden, bekannte sich auch das Bundesverfassungsgericht in einem neueren Beschluß³⁾ zur Frage der Einwendungen im atomrechtlichen Verfahren in einem obiter dictum dazu, daß die Gerichte Bewertungen der Genehmigungsbehörde, z.B. am Maßstab des Standes von Wissenschaft und Technik, nur auf ihre Rechtmäßigkeit hin zu überprüfen, nicht aber ihre eigenen Bewertungen an deren Stelle zu setzen hätten.

cc) Umfang der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle nach Maßgabe einer "abgeschwächten Vertretbarkeitslehre"

Aus den vorstehenden Überlegungen, die als abgeschwächte Vertretbarkeitslehre bezeichnet werden können, ergibt sich folgendes für eine Kontrollrestriktion:

Die Konsequenzen der abgeschwächten Vertretbarkeitslehre wirken sich auf die Rechtsprechung insofern aus, als durch allgemeine Verwaltungsvorschriften nach § 48 BImSchG festgelegte Umweltstandards einschließ-

1) vgl. dazu auch Sellner in: 7. Deutsches Atomrechts-Symposium, S. 282 f.

2) in: ET 1980, S. 309

3) in: DVBL 1982, S. 940

lich der Meß- und Beurteilungsvorschriften der gerichtlichen Kontrolle entzogen sind¹⁾.

Das bedeutet, daß die Gerichte bei der Überprüfung der Genehmigung nach § 6 BImSchG an die auf der Grundlage des § 48 BImSchG erlassenen Verwaltungsvorschriften gebunden sind.

Das bedeutet aber auch, daß in den Fällen, in denen die TA-Luft oder TA-Lärm nicht einschlägig ist - weil z.B. für einen bestimmten Schadstoff kein Wert festgelegt ist - die Genehmigung nach § 6 BImSchG vollinhaltlich überprüfbar ist. Denn in derartigen Fällen beinhaltet die Entscheidung zwar prognostische Elemente, die jedoch allein für eine Kontrollrestriktion nicht als ausreichend angesehen wurden.

Die Anwendung der eingeschränkten Vertretbarkeitslehre bedeutet jedoch nicht, daß die Verwaltungsgerichte alles, was mit TA-Luft und TA-Lärm zusammenhängt, nun überhaupt nicht überprüfen können. Entsprechend der eingangs geschilderten Überlegung²⁾ beschränkt sich die Kontrolle vielmehr auf eine Art Rahmenkontrolle.

Innerhalb dieser Kontrolle ist u.a. zu prüfen, ob die Bundesregierung ihr Auswahl- und Konkretisierungsvorrecht fehlerhaft ausgeübt hat, und ob sie die Verfahrensvorschriften des § 48 BImSchG i.V.m. § 51 BImSchG verletzt hat. Als weiterer Gesichtspunkt wird die Prüfung der Frage vorgeschlagen, ob die Bundesregierung ihrer in § 48 BImSchG enthaltenen Pflicht zur laufenden Anpassung der Verwaltungsvorschriften³⁾ nachgekommen ist⁴⁾.

Letzter Gesichtspunkt ist allerdings nicht unproblematisch, da die Gerichte auf diesem Wege möglicherweise wieder gezwungen wären, naturwissenschaftliche Fragen zu entscheiden. Andererseits dürften die Fälle, in denen Verwaltungsvorschriften offensichtlich überholt sind, relativ selten sein, so daß die Bedenken zurückgestellt werden können.

Hinzu kommen einige Gesichtspunkte, die speziell der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung als Prognoseentscheidung geschuldet sind. Insgesamt könnte folgendes Raster maßgeblich sein⁵⁾:

- 1) so auch Sendler, UPR 1981, S. 13 und Feldhaus, UPR 1982, S. 147
- 2) s.o. § 5 II, 3 b
- 3) dazu Sellner, BauR 1980, S. 404
- 4) vgl. auch Feldhaus, UPR 1982, S. 147
- 5) vgl. dazu Hoppe, BVerwG-FS, S.308 f.; Nierhaus, DVBL 1977, S. 25, 26; Tettinger, DVBL 1982, S. 427; Feldhaus, UPR 1982, S. 147; Kutscheidt in: 6. Deutsches Atomrechts-Symposium, S. 76

- Hat die Verwaltung ihrer Prognose einen zutreffenden und sorgfältig ermittelten Sachverhalt zugrundegelegt?
(Kontrolle der Prognosebasis)
- Wurden bei der Prognose sachfremde Erwägungen angestellt?
(Willkürkontrolle)
- Stützt sich die Prognose auf ein angemessenes Prognoseverfahren?
(Kontrolle der Auswahl der Prognosemethode, soweit in TA-Luft und TA-Lärm Anhaltspunkte gegeben sind)
- Wurden Verfahrensfehler vermieden, insbesondere die Verfahrensvorschriften des § 48 BImSchG eingehalten?
(Kontrolle der verfahrensrechtlichen normativen Prognosevorgabe)
- Wurde das Prognoseverfahren konsequent verfolgt?
(Methodenimmanente Überprüfung auf Systembrüche hin, Kontrolle der Prognosestimmigkeit)
- Sind die die prognostische Einschätzung tragenden Gesichtspunkte mit hinreichender Deutlichkeit offengelegt?
(Kontrolle hinsichtlich Bestimmtheits- und Begründungsdefiziten beim Prognoseergebnis)
- Wurde die Konkretisierungsbefugnis im Rahmen des § 48 BImSchG sachgerecht ausgeübt?
(Insbesondere sachgerechte Gewichtung etc.)
- Hat die Exekutive ihrer Pflicht entsprochen, die Vorschriften in entsprechenden Zeiträumen auf die evtl. Notwendigkeit der Anpassung zu überprüfen und ist diese Prüfung sachgerecht durchgeführt worden?

Die vorgeschlagene Lösung hat den unbestreitbaren Vorteil der Rechtssicherheit für die betroffenen Anlagenbetreiber und der gleichzeitigen Entlastung der Verwaltungsgerichtsbarkeit von zeitraubenden naturwissenschaftlichen Detailfragen.

Gleichzeitig ist über die Prüfungspflichten der Bundesregierung, ob die Verwaltungsvorschriften nicht offensichtlich überholt sind, gewährleistet, daß im Sinne der Ziele des Umweltschutzes allgemeine Verwaltungsvorschriften den laufenden technischen Entwicklungen angepaßt werden.

e) Vereinbarkeit einer Bindungswirkung von TA-Luft und TA-Lärm mit Art. 80 GG

Fraglich ist, ob die hier vertretene Auffassung mit Art. 80 GG zu vereinbaren ist.

Bedenken könnten sich daraus ergeben, daß eine Bindungswirkung von TA-Luft und TA-Lärm eine mit Art. 80 GG nicht in Einklang zu bringende Rechtsetzungsdelegation an die Verwaltung zur Folge hätte, so daß die beiden Kategorien Verwaltungsvorschrift und Rechtsverordnung nicht mehr unterscheidbar wären¹⁾.

Dieser in der Literatur und Rechtsprechung teilweise vertretenen Ansicht liegt das Dogma vom nicht-normativen, ausschließlich verwaltungs-internen Charakter der Verwaltungsvorschriften zugrunde, die aus sich heraus weder Belastungen des Bürgers legitimieren noch gesetzliche Bindungen aufheben oder einschränken können²⁾.

Der Grund für diese Auffassung wird im wesentlichen darin gesehen, daß Gesetz und Rechtsverordnung einerseits und Verwaltungsvorschriften andererseits nach der grundgesetzlichen Logik Rechtsnormkategorien verschiedener Art und Stringenz seien, was sich insbesondere aus Art. 80 GG ergebe³⁾.

Während Art. 80 GG die Befugnis zur Setzung von Rechtsverordnungen strengen Voraussetzungen unterworfen habe, bedürfe es zur Setzung von Verwaltungsvorschriften keiner besonderen Ermächtigung, weil das Recht zu ihrem Erlaß bereits in der Befugnis zur Leitung eines bestimmten Geschäftsbereichs enthalten sei⁴⁾.

Darüber hinaus sei auch eine Verkündung von Verwaltungsvorschriften nicht erforderlich⁵⁾.

Diese Argumente sind unter Rückgriff auf den allgemeinen Grundsatz des Gesetzesvorbehalts⁶⁾ im wesentlichen dafür ausschlaggebend gewesen, Verwaltungsvorschriften als Innenrechtsnormen dem (sonstigen) System

-
- 1) so vor allem Heinze, BB 1976, S. 772; Riegel, BB 1976, S. 1633; ders. in: DVBL 1976, S. 766; vgl. auch Rittstieg, Konkretisierung, S. 204, 205; Breuer, AnwBL 1977, S. 375; ablehnend auch Hermann, RdE 1983, S. 134
 - 2) vgl. dazu Wolff/Bachof, VerwR I, S. 118 f.; Maurer, Allg. VerwR, § 24 Rn 15 f.; Maunz in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Art. 84 GG, Rn 32, 33
 - 3) so auch Rupp, JUS 1975, S. 612
 - 4) vgl. nur Hömig in: Seifert/Hömig, Art. 84 GG, Rn 9; BVerfGE 26, 396
 - 5) vgl. im einzelnen Selmer, VerwArch 59 (1968), S. 115
 - 6) so Schenke, DÖV 1977, S. 30; vgl. auch Breuer, DVBL 1978, S. 30

der Außenrechtssätze gegenüberzustellen¹⁾ und daraus die Schlußfolgerung einer nur verwaltungsinternen Bindungswirkung von Verwaltungsvorschriften zu ziehen²⁾.

Bezogen auf das Immissionsschutzrecht wird deshalb wohl von der überwiegenden Auffassung in Rechtsprechung³⁾ und Literatur⁴⁾ eine unmittelbare Bindung von TA-Luft und TA-Lärm abgelehnt.

In diesem Sinne gingen auch das Bundesverwaltungsgericht⁵⁾ und das OVG Münster⁶⁾ im Fall Voerde davon aus, die aufgrund des § 48 BImSchG erlassenen allgemeinen Verwaltungsvorschriften seien keine Rechtsnormen, die nur die Verwaltungsbehörden, nicht aber die Gerichte binden könnten.

Es kann an dieser Stelle nicht die gesamte Problematik der allgemeinen Verwaltungsvorschriften erörtert werden, da die Literatur dazu sehr umfassend ist⁷⁾ und Verwaltungsvorschriften in der Verwaltungsrechtsdogmatik einen "eigenartig ungewissen und diffusen Platz" einnehmen⁸⁾.

Vielmehr soll zu dem Hauptproblem der Umgehung des Art. 80 GG Stellung bezogen und die hier vertretene Auffassung überprüft werden. Zunächst ist anzumerken, daß die Rechtsprechung zum Fall Voerde mit der Qualifizierung von Verwaltungsvorschriften als "Nichtrechtsnormen" fälschliche Assoziationen zu einer aus der konstitutionellen Zeit stammenden Auffassung über die Rechtsnatur von Verwaltungsvorschriften hervorruft⁹⁾.

Hier wird gedanklich immer noch von der sogenannten Impermeabilitätstheorie¹⁰⁾ ausgegangen, die mittlerweile längst als überwunden gilt.

Nach heute gesichertem Stand der Rechtserkenntnis kommt Verwaltungsvorschriften Rechtsqualität zu¹¹⁾, so daß die Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts irreführend sind.

Was den Vorwurf einer Umgehung des Art. 80 GG betrifft, ist mit der herrschenden Meinung zunächst grundsätzlich davon auszugehen, daß Verwaltungsvorschriften ausschließlich den Rechtscharakter von Innenrechtssätzen haben und im Außenrechtsverhältnis keine unmittelbare Bindungswirkung erzeugen.

1) so beispielsweise Rupp, JUS 1975, S. 612; Schenke, DÖV 1977, S. 29; Maurer, Allg. VerwR, § 24 Rn 2

2) so z.B. Wolff/Bachof, VerwR I, S. 118

3) vgl. nur BVerwG, DVBL 1978, S. 591 f.

4) vgl. dazu Niere, DVBL 1975, S. 173; Breuer, DVBL 1978, S. 30

5) in: DVBL 1978, S. 593

6) in: DVBL 1976, S. 794

7) so Schenke, DÖV 1977, S. 27 Fn 1 m.w.N.

8) so Rupp, JUS 1975, S. 609

9) vgl. dazu Krebs, VerwArch 70 (1979), S. 262

10) vgl. Rupp, JUS 1975, S. 610 m.w.N.

11) vgl. nur Wolff/Bachof, VerwR I, S. 118 m.w.N.

Es erscheint jedoch verfehlt, diese Argumentation völlig undifferenziert und pauschal auf alle Verwaltungsvorschriften anzuwenden¹⁾ und damit zu dem Ergebnis zu gelangen, auch die TA-Luft und die TA-Lärm seien nicht in der Lage, eine Bindungswirkung im Sinne eines Außenrechtssatzes zu entfalten.

Zutreffend hat insoweit Weyreuther²⁾ unlängst darauf hingewiesen, daß die Frage, ob sich unter bestimmten Umständen irgendjemand vor Gericht auf eine Verwaltungsvorschrift mit Erfolg berufen könne, ob die Auslegung dieser Vorschrift in einer dem Gesetz vergleichbaren Weise dem Richter zustehe und ob der Richter selbst durch Verwaltungsvorschriften gebunden werden könne, Erwägungen seien, die sich zumindest nicht von vornherein gleichermaßen wie "gottgegeben" nur übereinstimmend bejahen oder verneinen ließen.

Das Bedürfnis nach einer sachgerechten Lösung wird nur dann befriedigt, wenn man sich von der "Alles oder Nichts-Vorstellung" löst und die Bindungswirkung speziell von TA-Luft und TA-Lärm näher untersucht.

Eine solche Betrachtung muß dazu führen, den auf der Grundlage des § 48 BImSchG erlassenen Verwaltungsvorschriften im Gegensatz zur herrschenden Meinung ohne Verstoß gegen Art. 80 GG Bindungswirkung zuzusprechen.

Denn die h.M. berücksichtigt nicht genügend, daß sich die auf der Grundlage von § 48 BImSchG erlassenen Verwaltungsvorschriften erheblich von den sonstigen allgemeinen Verwaltungsvorschriften unterscheiden³⁾ und damit einen Stellenwert erlangen, der sie von Rechtsverordnungen, zumindest was ihren Erlaß anbetrifft, kaum noch unterscheidbar macht.

Das wird deutlich, wenn man die TA-Luft und TA-Lärm an den Anforderungen des Art. 80 Abs. 1 GG mißt, ein Gesichtspunkt, der in der Literatur bislang kaum berücksichtigt worden ist⁴⁾.

Nach Art. 80 Abs. 1, S. 1 GG kommen bei Rechtsverordnungen als Delegatäre nur die Bundesregierung, ein Bundesminister oder Landesregierungen in Betracht. Dem entspricht die Regelung des § 48 BImSchG, wonach die Bundesregierung allgemeine Verwaltungsvorschriften erläßt.

1) so aber Heinze, BB 1976, S. 772 und Riegel, BB 1976, S. 1633

2) in: DVBL 1976, S. 856

3) zutreffend Sendler, UPR 1981, S. 13; Kutscheidt in: 6. Deutsches Atomrechts-Symposium, S. 82

4) angedeutet bei Czajka, DöV 1982, S. 106

Im Gegensatz zur sonst üblichen Fassung einer Ermächtigung zum Erlaß von Rechtsverordnungen heißt es in § 48 BImSchG lediglich "Die Bundesregierung erläßt", während z.B. in § 7 I BImSchG die Formulierung "Die Bundesregierung wird ermächtigt" gewählt wurde.

Von dieser sprachlichen Abweichung abgesehen, richtet sich jedoch § 48 BImSchG an einen Delegatar im Sinne von Art. 80 Abs. 1, S. 1 GG.

Mit dem Konkretisierungsgebot des Art. 80 Abs. 1, S. 2 GG soll der Gesetzgeber gezwungen werden, die für die Ordnung eines Lebensbereichs entscheidenden Vorschriften selbst zu erlassen. Insbesondere soll er entscheiden, welche Fragen durch die Rechtsverordnung geregelt werden sollen (Inhalt); gleichzeitig muß er die Grenzen einer solchen Regelung festsetzen (Ausmaß) und angeben, welchem Ziel sie dienen soll (Zweck). Auch diesen Grundsätzen entspricht § 48 BImSchG, da sich der Inhalt und das Ziel der Verwaltungsvorschriften aus dem Wortlaut ergibt und sich das Ausmaß durch Auslegung ermitteln läßt¹⁾.

Da beispielsweise in der TA-Luft auch die Vorschrift des § 48 BImSchG als Rechtsgrundlage angegeben ist²⁾, ist auch dem Zitiergebot des Art. 80 Abs. 1, S. 3 GG Genüge getan.

Darüber hinaus enthält § 48 BImSchG das selbst bei Rechtsverordnungen nicht notwendige Erfordernis der Zustimmung des Bundesrates und der Anhörung verschiedener Kreise von Vertretern der Wissenschaft, der Betroffenen, der beteiligten Wirtschaft, des beteiligten Verkehrswesens und der für den Immissionsschutz zuständigen obersten Landesbehörden. Diese Ausführungen verdeutlichen bereits, daß Verwaltungsvorschriften, die auf der Grundlage des § 48 BImSchG erlassen werden, eine Bedeutung haben, die sie formell praktisch auf die Ebene von Rechtsverordnungen hebt.

Es erscheint daher nicht erstaunlich, wenn bisweilen im Ansatz der Vorschlag gemacht wird, gewisse Vorschriften und Vorschriftengruppen, die herkömmlicher Weise zu den Verwaltungsvorschriften gehören, als Rechtsnormen einzuordnen³⁾.

1) das übersieht m.E. Rittstieg, Konkretisierung, S. 204, der sich allerdings als Einziger überhaupt mit diesem Problem auseinandersetzt

2) vgl. TA-Luft vor Nr. 1

3) so allgemein Weyreuther, DVBL 1976, S. 857; vgl. auch Ule, BB 1976, S. 851, der darauf hinweist, daß sich das Verfahren beim Erlaß von Rechtsverordnungen nach § 7 BImSchG und von Allgemeinen Verwaltungsvorschriften nach § 48 BImSchG nicht unterscheidet; vgl. ferner seine Ausführungen in DVBL 1972, S. 443, wonach der Unterschied zwischen Verwaltungsvorschrift und Rechtsverordnung möglicherweise in sich zusammenfällt

Exemplarisch sei hier nur an die sog. "Richtlinienpläne" erinnert, die als interne Planungen im Bereich der Exekutive rechtlich als Verwaltungsvorschriften qualifiziert werden, teilweise aber trotz dieser Zuordnung rechtsverbindliche Außenwirkung entfalten können¹⁾.

Entscheidender ist aber noch, daß die h.M. nicht genügend berücksichtigt, daß gerade wegen der Unbestimmtheit der Gesetzesbegriffe des BImSchG und des prognostischen Charakters der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung die Rechtsanwendung immer auch ein Akt der Rechtserzeugung ist²⁾.

Im gleichen Maße, in dem die gesetzliche Regelungsdichte abnimmt, wird damit der Gesetzesvollzug auch eine als vom Gesetzesanwender vorzunehmende "Gesetzesvollziehung durch Rechtsetzung".

Da die h.M. davon ausgeht, daß delegierte Gesetzgebung nur in Form von Rechtsverordnungen möglich ist, kann der Erlaß von Rechtsverordnungen folglich nicht als Gesetzesvollziehung durch Rechtsetzung, d.h. Gesetzeskonkretisierung, verstanden werden³⁾.

Spricht man gleichzeitig der Exekutive eine verbindliche Konkretisierungs-kompetenz ab, so fällt diese Befugnis in den Bereich der Jurisdiktion.

Das wiederum berücksichtigt nicht hinreichend, daß der Exekutive innerhalb des Prozesses der Konkretisierung von Staatszwecken eine selbständige Funktion zukommt, was gerade in § 48 BImSchG mit Rücksicht auf den prognostischen Charakter der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung seinen Niederschlag gefunden hat⁴⁾.

Bezeichnend ist, daß gerade dieser zentrale Gesichtspunkt auch von den Gegnern der hier vertretenen Ansicht gesehen wird, ohne daß allerdings die nötigen Konsequenzen gezogen werden.

1) vgl. Voigt, Rechtsformen, S. 137, 151, 156 f. m.w.N.

2) vgl. dazu Lambrecht, DÖV 1981, S. 701 f.: "Konkretisierung der gesetzgeberischen Wertungen (Stand der Technik)"; allgemein auch Larenz, Methodenlehre, S. 458 f.; Walter Schmidt, Gesetzesvollziehung, S. 114 f.; Rüßmann, JUS 1975, S. 353

3) so vor allem Krebs, VerwArch 70 (1979), S. 269; vgl. zur konkretisierenden Entscheidung der Exekutive auch Degenhart, ET 1981, S. 204; vgl. zu dem Problemkreis allgemein auch Herschel, NJW 1968, S. 619; ablehnend demgegenüber Rittstieg, Konkretisierung, S. 205

4) wie hier Krebs, VerwArch 70 (1979), S. 269 m.w.N.; Sellner, BauR 1980, S. 403, 404; allgemein auch Brohm, VVDStRL 30 (1971), S. 312: "Gestaltungsfunktion"

So betont z.B. Breuer¹⁾, daß das Gesetz in § 48 BImSchG eine spezifische Verwaltungsverantwortung im Bereich einer Materie begründe, die wegen ihrer Technizität, Kompliziertheit und Entwicklungsdynamik einer hinreichend präzisen und adaptionsfähigen Regelung alleine durch das Gesetz nicht zugänglich sei.

Geht man mit der hier vertretenen Ansicht davon aus, daß der Exekutive nach dem Willen des Gesetzgebers und mit Rücksicht auf Sinn und Zweck des § 48 BImSchG eine verbindliche Konkretisierungskompetenz zukommt, so handelt es sich bei der Rechtskonkretisierung durch TA-Luft und TA-Lärm gerade nicht um delegierte Gesetzgebung im Sinne von Art. 80 GG, sondern um die Wahrnehmung einer der Verwaltung als eigenständige Staatsgewalt zustehende Funktion²⁾.

Damit wird aber das Argument der h.M., die Anerkennung einer außenwirksamen Verbindlichkeit allgemeiner Verwaltungsvorschriften umgehe Art. 80 GG, hinfällig, da sich delegierte Gesetzgebung und rechtskonkretisierende Verwaltung dogmatisch unterscheiden lassen.

Nur der Vollständigkeit halber soll noch erwähnt werden, daß die Rechtsprechung das hier vertretene Ergebnis einer unmittelbaren Bindung von Verwaltungsvorschriften praktisch über die unzureichende Konstruktion des antizipierten Sachverständigengutachtens längst erreicht hat³⁾.

Dann sollte man allerdings auch so konsequent sein und sich mit einer plausiblen Begründung zumindest im Bereich des Immissionsschutzrechts vom Dogma der bloßen verwaltungsinternen Wirkung allgemeiner Verwaltungsvorschriften lösen, ein Schritt, der in anderen Bereichen von der Rechtsprechung bereits vor längerer Zeit vollzogen worden ist⁴⁾.

Konstruktiv bietet sich hier der Weg über das Institut der Selbstbindung der Verwaltung an, das zum eisernen Bestand des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts gehört⁵⁾. Gerade in Bereichen, wo die Exekutive den unvollständigen Gesetzeswillen konkretisiert und zuende denkt bzw. verdeutlicht,

1) in: DVBL 1978, S. 29

2) vgl. dazu Vogel, VVDStRL 24 (1966), S. 165; Lorenz, Rechtsschutz, S. 8 f.; Krebs, VerwArch 70 (1979), S. 270

3) vgl. auch Wolfgang Martens, DVBL 1981, S. 601; Krebs, VerwArch 70 (1979), S. 267; selbst Breuer zieht in DVBL 1978, S. 599 die Konstruktion in Zweifel

4) vgl. Krebs, VerwArch 70 (1979), S. 270 f. mit Hinweisen auf die Rechtsprechung; ebenfalls Weyreuther, DVBL 1976, S. 856, 857 m.w.N.

5) vgl. Ossenbühl, DVBL 1981, S. 857

hat dieses Instrument seine legitime Bedeutung. Deshalb sollte nach den obigen Ausführungen die Konsequenz gezogen werden, auch im Immissionsschutzrecht - sei es mit Hilfe von Art. 3 GG oder über die Konstruktion einer Selbstbindung kraft Willensaktes¹⁾ - eine Verbindlichkeit der auf der Grundlage von § 48 BImSchG erlassenen Verwaltungsvorschriften herbeizuführen.

f) Vereinbarkeit der abgeschwächten Vertretbarkeitslehre mit Art. 19 Abs. 4 GG

Die hier vertretene Auffassung einer abgeschwächten Vertretbarkeitslehre einschließlich der Konsequenzen bezüglich TA-Luft und TA-Lärm kann jedoch nur dann vor den Schranken der Verwaltungsgerichte Bestand haben, wenn die Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG nicht zu uneingeschränkter Rechtskontrolle zwingt. Es wurde bereits an anderer Stelle ausgeführt, daß Art. 19 Abs. 4 GG dem Zweck dient, einen umfassenden und lückenlosen Rechtsschutz zu gewährleisten²⁾.

Aus diesem Grunde verlangt Art. 19 Abs. 4 GG prinzipiell gerichtliche Kontrollbefugnisse sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher Hinsicht³⁾.

Andererseits gehört es heute zum gesicherten Bestand der Rechtserkenntnis, daß sich der Anwendungsbereich des Art. 19 Abs. 4 GG auf den Bereich beschränkt, in dem die Verwaltung rechtlich gebunden ist⁴⁾.

Der Grund dafür liegt im wesentlichen darin, daß Art. 19 Abs. 4 GG eine Rechtsverletzung verlangt und demzufolge nur die Kontrolle der Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns garantiert. Das Ausmaß der Richterkontrolle des Art. 19 Abs. 4 GG hängt daher von dem Maß der Rechtsbindung der Kontrollierten ab⁵⁾.

Dieses Maß bestimmt in erster Linie der Gesetzgeber. Materiell rechtlich zugelassene Gestaltungsfreiheit im Rahmen verwaltungsbehördlicher

1) vgl. Ossenbühl, DVBL 1981, S. 859.

2) vgl. nur BVerfGE 51,268 (284); Schmidt-Bleibtreu/Klein, Art. 19 GG, Rn 16; Friedrich Klein, VVDStRL 8 (1951), S. 78.

3) vgl. nur Stern, Staatsrecht, § 20, S. 851 m.w.N.; Lorenz, Rechtsschutz, S. 12 f.

4) vgl. Bettermann, AöR 96 (1971), S. 559; Papier, Die Stellung, S. 34.

5) vgl. Walter Schmidt, Einführung in die Probleme des Verwaltungsrechts, Rn 103; Weyreuther, BauR 1977, S. 293; Bettermann, AöR 96 (1971), S. 293.

Entscheidungsprärogativen findet deshalb ihre prozessuale Entsprechung in der Beschränkung richterlicher Kontrollbefugnis¹⁾.

Die Grenze dürfte dort liegen, wo durch die Einräumung einer Entscheidungsprärogative das Beschreiten des Rechtswegs in unzumutbarer, sachlich nicht mehr zu rechtfertigender Weise, erschwert wird²⁾.

Legt man diese Maßstäbe an die hier vertretene Kontrollrestriktion nach Maßgabe der abgeschwächten Vertretbarkeitslehre, so wird deutlich, daß verfassungsrechtliche Bedenken dagegen nicht bestehen. Denn einerseits enthält das BImSchG Anhaltspunkte dafür, daß eine Entscheidungsprärogative der Verwaltung vom Gesetzgeber gewollt ist, wofür sowohl der prognostische Charakter der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung als auch die Motive zu § 48 BImSchG sowie Sinn und Zweck dieser Vorschrift sprechen. Es geht deshalb nicht um eine Kontrollrestriktion mit Hilfe von Verwaltungsvorschriften³⁾ oder darum, daß aus der Natur der Sache heraus⁴⁾ auf eine vollständige Überprüfung der Verwaltungsentscheidung verzichtet wird.

Entscheidend ist vielmehr, daß der Gesetzgeber und nicht die Exekutive das Maß der Rechtsbindung aus den genannten Gründen gelockert hat. Das verkennt die h.M., wenn sie beispielsweise argumentiert, es würde unserer Rechtsordnung nicht entsprechen, wenn auf Grund einer Verwaltungsvorschrift eine nicht bereits aus dem Gesetz abzuleitende Einschränkung der verwaltungsgerichtlichen Kontrolldichte erfolgen könne⁵⁾. Mit der Ableitung einer verwaltungsbehördlichen Entscheidungsprärogative aus dem BImSchG fällt die wesentliche Prämisse der h.M. in sich zusammen, so daß auch die darauf aufbauende Begründung nicht überzeugend ist.

Andererseits wird durch die hier vorgeschlagene Lösung die Möglichkeit, die Genehmigung nach § 6 BImSchG einer gerichtlichen Kontrolle zu unterziehen, nicht berührt. Betroffen ist lediglich die Art der Kontrolle.

1) vgl. Lorenz, Rechtsschutz, S. 151, 152; Papier, Die Stellung, S. 34

2) vgl. dazu Richter, ET 1982, S. 143 m.w.N.

3) so aber Heinze, BB 1976, S. 772 und Schenke, DÖV 1977, S. 29

4) so undifferenziert Deppe, Kontrolldichte, S. 89

5) so OVG Münster, DVBL 1976, S. 793

Betroffen ist ferner nicht jede immissionsschutzrechtliche Genehmigung, sondern nur diejenige, die sich an Immissions- und Emissionswerten sowie Meß- und Beurteilungsverfahren orientiert, die in allgemeinen Verwaltungsvorschriften festgelegt worden sind.

Atypische Fälle, die in der TA-Luft oder TA-Lärm nicht geregelt sind, sind im vollen Umfang verwaltungsgerichtlich zu überprüfen.

Das erhellt, daß die eingeschränkte Vertretbarkeitslehre das Beschreiten des Rechtsweges nicht in unzumutbarer Weise einschränkt¹⁾.

Die Richtigkeit dieses Ergebnisses wird auch durch einen Vergleich mit der Kontrollbefugnis von Ermessensentscheidungen bestätigt. Denn die Kontrollrestriktion bei der gerichtlichen Überprüfung von Ermessensentscheidungen, die zwar von Entscheidungsprärogativen in gewisser Weise zu trennen sind, aber dennoch zahlreiche Gemeinsamkeiten aufweisen, ist vor dem Hintergrund des Art. 19 Abs. 4 GG noch nie als bedenklich angesehen worden²⁾.

Im Ergebnis kann deshalb festgehalten werden, daß eine Kontrollrestriktion der hier vorgeschlagenen Art verfassungsrechtlich unbedenklich ist.

g) Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, daß der prognostische Charakter der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung in Verbindung mit den gesetzgeberischen Motiven zu § 48 BImSchG sowie Sinn und Zweck dieser Vorschrift Anhaltspunkte für ein verwaltungsbehördliches Entscheidungsvorrecht bei der Erteilung der Genehmigung nach § 6 BImSchG liefern.

Damit ist die bisherige Kontrollpraxis der Verwaltungsgerichte, die - von wenigen Ausnahmen abgesehen - von einer vollinhaltlichen Überprüfung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung ausgeht, zumindest fragwürdig.

Zur Überprüfung des Gerichts stehen vielmehr nach Maßgabe einer Art Rahmenkontrolle u.a. die richtige Sachverhaltsermittlung, die richtige Sachverhaltsgewichtung, die Einhaltung der Grenzen und Wertmaßstäbe bei der Subsumtion des Sachverhalts unter § 6 BImSchG, die sachgerechte

1) im Ergebnis auch Degenhart, Kernenergierecht, S. 242

2) vgl. Bettermann, AöR 96 (1971), S. 550 f.; Lorenz, Rechtsschutz, S. 151, 152

Ausübung des Konkretisierungsvorrechts im Rahmen von § 48 BImSchG und die Einhaltung der dort genannten Verfahrensvorschriften etc.¹⁾,

Eine Abweichung der Verwaltungsgerichte von den in der TA-Luft und TA-Lärm festgesetzten Werten, Meß- und Beurteilungsverfahren ist dagegen nicht statthaft. Vollinhaltlich überprüfbar ist die Genehmigung nach § 6 BImSchG nur dann, wenn sie ohne Zugrundelegung von TA-Luft oder TA-Lärm erteilt wird.

2. Einräumung einer Entscheidungsprärogative durch planerische Elemente in den Genehmigungsvoraussetzungen

Neben dem prognostischen Charakter der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung könnten eventuell planerische Elemente in den Genehmigungsvoraussetzungen Anhaltspunkte für eine Entscheidungsprärogative liefern²⁾. Sollte dieses der Fall sein, müßte der Genehmigungsbehörde möglicherweise ein Gestaltungsspielraum zugebilligt werden, da Planung und plangemäße Verteilung ohne Gestaltungsspielraum ein Widerspruch in sich sein könnte.

Die Annahme einer planerischen Gestaltungsfreiheit hätte dann ähnliche Auswirkungen auf die verwaltungsgerichtliche Kontrolldichte wie die Einräumung einer Entscheidungsprärogative durch Prognoseelemente i.V.m. § 48 BImSchG.

Denn genauso wie bei der Frage einer Entscheidungsprärogative durch prognostische Elemente ist auch im Bereich der planenden Verwaltung davon auszugehen, daß gerichtliche Kontrolle der Bindung der Verwaltung nachgeordnet ist³⁾. Folglich müssen sich die Überlegungen zur Entscheidungsprärogative durch planerische Elemente ebenfalls davon leiten lassen, daß der Umfang der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle vom Umfang der Rechtsbindung der Kontrollierten abhängt.

a) Die Struktur und Aufgabe planungsrechtlicher Normen

Ob die Genehmigung nach § 6 BImSchG planungsrechtliche Elemente enthält, läßt sich nicht ohne vorherige Darstellung der normspezifischen Struktur und der Aufgabe von Planungsvorschriften feststellen.

1) s.o. § 5 II, 3b und § 6 IV 1d cc

2) vgl. zur planungsrechtlichen Komponente im Umweltschutz allgemein Steiger, ZRP 1971, S. 137; Hoppe, Jura 1979, S. 137; Feldhaus, § 1 BImSchG, Rn 4

3) vgl. nur Weyreuther, BauR 1977, S. 293

Erst seit kurzem hat sich die Erkenntnis durchgesetzt, daß sich planungsrechtliche Normen in ihrer Struktur wesentlich von den bisher üblichen verwaltungsrechtlichen Normkategorien unterscheiden¹⁾.

Der Unterschied beruht darauf, daß es zwei Arten der Programmsteuerung allen Verwaltungshandelns gibt, die Konditionalprogramme und die Finalprogramme²⁾. Beide Steuerungsarten können sich aus Normen ergeben. Konditionalprogramme sind nach dem herkömmlichen Tatbestands-Rechtsfolge-Schema konstruiert, Finalprogramme hingegen nach dem Zweck-Mittel-Schema aufgebaut³⁾.

Geht man von dieser Unterscheidung aus, ist Planung dem Bereich finaler Programmierung zuzuordnen. Es ist, wie Hoppe⁴⁾ es ausdrückt, "prospektive Interessenkoordination, Gestaltung komplexer Situationen in die Zukunft". Das erhellt, daß Planung nicht durch subsumtionären Nachvollzug vorgegebener abstrakter Verhaltensmuster geschieht, sondern nur durch eigen-schöpferische, gestaltende - wenn auch rechtlich festgelegte - Initiative und Entscheidung⁵⁾. Planung ist daher nicht Gesetzesvollzug sondern Gesetzesverwirklichung auf der Grundlage finaler Programmierung⁶⁾.

Folglich sind Plangesetze Gesetze, "die die Verwaltung zur Verwirklichung einzelner Zwecke verpflichten, ohne tatbestandliche Voraussetzungen für konditional strukturiertes Verwaltungshandeln im einzelnen festzulegen"⁷⁾.

Allerdings ist - gerade im Hinblick auf das BImSchG - an dieser Stelle darauf hinzuweisen, daß es auch sogenannte "Programmverschachtelungen" geben kann, die sowohl konditionale als auch finale Elemente enthalten⁸⁾. Aufgabe der Planung ist es, widerstreitende Interessen im Wege der Abwägung auszuloten⁹⁾, mithin ein prozeßhafter Vorgang, der durch ein immer wieder in Frage stellendes Erwägen und Abwägen gekennzeichnet ist¹⁰⁾.

1) vgl. nur Hoppe, DVBL 1974, S. 641 f.; Oberndorfer, Die Verwaltung 1972, S. 258

2) vgl. dazu König, VerwArch 62 (1971), S. 3

3) vgl. Ossenbühl in: Verhandlungen des 50. DJT, Gutachten B 184

4) vgl. Hoppe, Jura 1979, S. 134; ferner Walter Schmidt, Einführung, Rn 94

5) so Hoppe, DVBL 1974, S. 642

6) vgl. auch Ossenbühl in: Verhandlungen des 50. DJT, Gutachten B 185

7) so Hoppe, DVBL 1974, S. 643 m.w.N.

8) Oberndorfer, Die Verwaltung 1972, S. 262, 263; Hoppe, DVBL 1974, S. 644; König, VerwArch 62 (1974), S. 4

9) vgl. Hoppe, Jura 1979, S. 134; Wahl, DVBL 1982, S. 55; Weyreuther, DÖV 1977, S. 419

10) so Weyreuther, DÖV 1977, S. 421

Da es allerdings ein Abwägen auch in anderen Bereichen gibt und das Wort "Abwägen" ein Bestandteil der juristischen Alltagsterminologie ist¹⁾, empfiehlt es sich mit Weyreuther²⁾ zwischen nachvollziehender und gestaltender Abwägung zu unterscheiden.

Nachvollziehendes Abwägen grenzt sich vom gestaltenden Abwägen durch die Art und Weise ab, in der das Vorziehen eines Belangs gegenüber anderen Belangen ausgestaltet ist: Bei ersterem ist eine Kompensation zwischen unterschiedlichen öffentlichen Interessen grundsätzlich nicht zulässig³⁾.

Vorteile, die ein Vorhaben für einen öffentlichen Belang erbringt, sind grundsätzlich nicht geeignet, Nachteile bei anderen entgegenstehenden öffentlichen Interessen auszugleichen oder aufzuwiegen.

Bei der "echten" gestaltenden Abwägung beim Planen werden dagegen die einzelnen öffentlichen und privaten Belange in eine Gesamtbetrachtung eingebracht, also in einer umfassenden Bewertung "eingeschmolzen"⁴⁾.

Der Grund dafür wird darin gesehen, daß es bei der Planung um die intellektuelle Bewältigung von Interessengeflechten geht, bei der es im Ergebnis zu einer Saldierung der verschiedenen für und gegen das Vorhaben sprechenden Belange kommt.

b) Der Umfang der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle im Bereich des Planungsrechts

Die Erkenntnis, daß sich die Planung nicht in den Kanon herkömmlicher Arten des Verwaltungshandelns einordnen läßt, hat zu der Folgerung geführt, daß die Befugnis zur Planung einen mehr oder weniger ausgedehnten Spielraum an Gestaltungsfreiheit einschließt, weil Planung ohne Gestaltungsfreiheit ein Widerspruch in sich wäre⁵⁾.

Der tiefere Grund dafür wird darin gesehen, daß sich planerische Gestaltungsfreiheit nicht auf einen bestimmten geistig-seelischen Vorgang zurückführen läßt, sondern verschiedene Elemente - insbesondere

1) so Weyreuther, BauR 1977, S. 297

2) Weyreuther, BauR 1977, S. 297

3) vgl. dazu Wahl, DVBL 1982, S. 55; Weyreuther, BauR 1977, S. 297, Anm. 28

4) so Wahl, DVBL 1982, S. 55

5) vgl. BVerwGE 34, 304; Hoppe, BauR 1970, S. 16; ders. in: Jura 1979, S. 134; Weitzel, DöV 1971, S. 847; Weyreuther, UPR 1981, S. 34, 35; ders. in: BauR 1977, S. 295

des Erkennens, des Wertens und Bewertens sowie des Wollens - umfaßt¹⁾. Die planerische Gestaltungsfreiheit folgt damit aus dem Begriff der Planung. Sie ist deutlich vom sogenannten "Verwaltungsersessen" zu unterscheiden, da sie anderen Strukturgesetzhelkeiten folgt als die Ermächtigung bei konditional gefaßten Normen zu Ermessen im herkömmlichen Sinn²⁾.

Zutreffenderweise spricht man deshalb im Bereich des Planungsrechts von planerischer Gestaltungsfreiheit auf Grund materieller Gestaltungsermächtigungen³⁾.

Die Folge einer so verstandenen Gestaltungsermächtigung ist die Reduzierung der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle auf eine Art Rahmenkontrolle nach Maßgabe der Abwägungsfehlerlehre⁴⁾.

c) Der Vorsorgegrundsatz des § 5 Nr. 2 BImSchG als Ausdruck planerischer Gestaltungsfreiheit?

Auf der Grundlage der zuvor angestellten Überlegungen stellt sich die Frage, ob der immissionsschutzrechtliche Vorsorgegrundsatz normstrukturell als Planungsvorschrift zu begreifen ist.

aa) Die Auffassungen in der Literatur

In der Literatur sind die Auffassungen über den planungsrechtlichen Gehalt des § 5 Nr. 2 BImSchG umstritten.

Teilweise wird die Ansicht vertreten, § 5 Nr. 2 BImSchG beinhalte lediglich die verbale Betonung einer Genehmigungsvoraussetzung, die bereits in § 5 Nr. 1 BImSchG inhaltlich geregelt sei⁵⁾.

Diese Auffassung fügt sich im Ergebnis in diejenigen ein, die zwar die Unterschiede zwischen § 5 Nr. 1 und § 5 Nr. 2 BImSchG betonen, den Vorsorgebegriff aber durch die Kriterien bestimmen, die für

1) vgl. Hoppe, BauR 1970, S. 16; ders. in: DVBL 1977, S. 138; Weitzel, DÖV 1971, S. 847

2) vgl. nur Hoppe, DVBL 1974, S. 644; Weyreuther, BauR 1977, S. 295

3) in diesem Sinne Ossenbühl, Gutachten, B 185; ebenso Hoppe, Jura 1979, S. 134

4) vgl. grundlegend Hoppe, DVBL 1974, S. 644; Weyreuther, BauR 1977, S. 300; Badura, JA 1984, S. 90; vgl. auch Redeker, DVBL 1971, S. 374, der im Planungsrecht die Vertretbarkeitslehre anwenden will

5) vgl. Börner, VEnergR Bd. 50, S. 117 f., 135 f.

den Gefahrenbegriff maßgeblich sind. So versteht Breuer¹⁾ den Vorsorgegrundsatz ausschließlich als Gebot einer gefahrenunabhängigen Risikovorsorge im Sinne eines verschärften sicherheitstechnischen Postulats. Danach sei ebenso wie im Atomrecht eine Risikovorsorge in zwei Richtungen geboten, nämlich "unterhalb der Schädlichkeitsschwelle" und "unterhalb der Schwelle praktischer Vorstellbarkeit eines theoretisch möglichen Schadenseintritts".

Die erste Variante der Risikovorsorge greife ein, wenn kein drohender Schaden, sondern nur der Verdacht der Schädlichkeit oder die bloße Lästigkeit bestimmter Umwelteinwirkungen dargetan sei. Eine solche Risikovorsorge unterhalb der Schädlichkeitsschwelle fordere § 5 Nr. 2 BImSchG mit dem Gebot, daß - unabhängig vom Vorliegen schädlicher Umwelteinwirkungen oder sonstiger Gefahren, erheblicher Nachteile oder erheblicher Belästigungen - insbesondere die dem Stand der Technik entsprechenden Maßnahmen zur Emissionsbegrenzung getroffen werden müßten²⁾.

Die zweite Variante der Risikovorsorge greife ein, wenn die zum Gefahrenbegriff gehörende Eintrittswahrscheinlichkeit nach dem Standard der praktischen Vernunft nicht gegeben, ein Schadenseintritt also auf Grund der getroffenen Schutzvorkehrungen und des Erkenntnisstandes der führenden Naturwissenschaftlicher und Techniker praktisch unvorstellbar und ausgeschlossen sei, zusätzliche Schadensvorkehrungen jedoch technisch und wirtschaftlich realisierbar seien³⁾.

Die Annahme einer Planungs- und Verteilungsfunktion des Vorsorgegrundsatzes lehnt Breuer⁴⁾ demgegenüber ausdrücklich ab. Denn Planung und plangemäße Verteilung ohne Ermessens- oder Gestaltungsspielraum sei ein Widerspruch in sich. Wer dem Vorsorgegrundsatz eine Planungs- und Verteilungsfunktion zuschreibe, komme deshalb nicht umhin, der Genehmigungsbehörde einen solchen Spielraum zuzuerkennen.

Die Annahme eines solchen Spielraums sei jedoch mit dem Charakter der immissionsschutzrechtlichen Anlagengenehmigung als strikt gebundenem Verwaltungsakt unvereinbar und werde darüber hinaus zu einem "Planulismus" entarten⁵⁾.

1) in: Der Staat 1981, S. 413, 414; ders. in: WUV 1981, S. 235; ders. in: DVBL 1978, S. 836 f.

2) Breuer, DVBL 1978, S. 836; ders. in: WUV 1981, S. 235

3) vgl. Breuer, DVBL 1978, S. 836

4) vgl. Breuer, Der Staat 1981, S. 412, 413

5) so Breuer in: Der Staat 1981, S. 413; ders. in: WUV 1981, S. 235

Denselben Standpunkt vertritt Jarras¹⁾, der davon ausgeht, daß der Genehmigungsbehörde im Rahmen des Vorsorgeprinzips kein echter Planungsspielraum zustehe. § 5 Nr. 2 BImSchG ermächtige sie lediglich zu einer nachvollziehenden, nicht zu einer gestaltenden Abwägung, da ihre Entscheidung rechtlich vollständig gebunden sei und nicht im Ermessen stehe. Ähnlich sind die Überlegungen von Rengeling²⁾, der zusätzlich zur Normstruktur der Vorsorgepflicht auf praktische Schwierigkeiten bei der Rechtsanwendung bei Annahme einer Planungskomponente hinweist.

Schließlich sind noch Papier³⁾ und Rehbinden⁴⁾ zu nennen, die ebenfalls den Vorsorgegrundsatz ausschließlich anhand der Merkmale des Gefahrenbegriffs bestimmen.

Demgegenüber geht wohl die überwiegende Meinung im Schrifttum davon aus, daß der Vorsorgegrundsatz des § 5 Nr. 2 BImSchG einen gefahrenfreien und auch nicht durch den Zubau einer bestimmten Anlage gefährdeten Raum als Freiraum für spätere Industrieansiedlungen erhalten wolle⁵⁾. Es gehe um eine gerechte Verteilung des vorhandenen Potentials an zulässiger Umweltbelastung⁶⁾ und damit um eine planende und verteilende Komponente innerhalb des Vorsorgegebots⁷⁾. Gerade der Gedanke der Umweltplanung sei das eigentlich Neue an dieser Grundpflicht, so daß es nicht nur um eine quantitative Ausdehnung der in § 5 Nr. 1 BImSchG verankerten Pflichten, sondern um eine qualitative Erweiterung des Immissionsschutzrechts über dessen ordnungsrechtlichen Rahmen hinausgehe⁸⁾.

1) in: Kommentar zum BImSchG, § 5 Rn 26 u. 36

2) in: VEngr Bd. 49, S. 38; ders. in: DVBL 1982, S. 625

3) in: DVBL 1979, S. 179 f.

4) in: BB 1976, S. 4

5) vgl. dazu Feldhaus, DVBL 1980, S. 133 f.; Soell, ZRP 1980, S. 106; ders. in: RuS Bd. 496/497, S. 12; Wolfgang Martens, DÖV 1982, S. 94; Schmitt Glaeser/Meins, Immissionsschutz, S. 44; Ule, § 5 BImSchG, Rn 4; Schmölling/Mäder, GewArch 1979, S. 49; Sendler, UPR 1983, S. 43; ders. in: JUS 1983, S. 256; Sellner, NJW 1980, S. 1255; ders. in: BVerwG-FS, S. 609; Salzwedel, Probleme, S. 51, 52

6) so deutlich Kutscheidt in: Landmann/Rohmer/Kutscheidt, § 1 BImSchG, Rn 7; Schmölling/Mäder, GewArch 1980, S. 78

7) so vor allem Sellner, NJW 1980, S. 1257; Schmitt Glaeser/Meins, Immissionsschutz, S. 44

8) so Feldhaus, DVBL 1980, S. 135; Schmitt Glaeser/Meins, Immissionsschutz, S. 44

Begründet wird diese Auffassung - soweit nicht auf detaillierter begründete Meinungen Bezug genommen wird - im wesentlichen mit der Entstehungsgeschichte des BImSchG¹⁾.

Was die rechtlichen Folgen dieser Ansicht im Hinblick auf Gestaltungsspielraum und verwaltungsgerichtliche Kontrollrechte anbetrifft, sind die Literaturmeinungen allerdings mehr als dürftig.

So betonen Schmitt Glaeser/Meins²⁾ lediglich, im Rahmen des Vorsorgeprinzips könnten auch genuin gestalterische Überlegungen, wie die Sicherung von Freiräumen (sowohl für Siedlung, Erholung, Naturschutz u.a., als auch für Industrieansiedlungen) eine Rolle spielen.

Schmölling/Mäder³⁾ gehen davon aus, der Immissionsschutz müsse, um der zunehmenden Belastung Herr zu werden, als Instrument planender Gestaltung eingesetzt werden. Was das im einzelnen sein soll, bleibt dagegen völlig offen.

Ulc⁴⁾ beschränkt sich gar darauf, verschiedene Ansichten darzustellen und ohne Begründung der Freiraumkomponente zuzustimmen.

Lediglich bei Feldhaus⁵⁾, Sellner⁶⁾ und Salzwedel⁷⁾ finden sich gewisse Anhaltspunkte dafür, wie die Freiraumkomponente in konkreten Fällen zu handhaben ist.

Allerdings sind auch diese Ausführungen nicht so eindeutig, als daß aus ihnen klare Schlußfolgerungen hinsichtlich eines planerischen Gestaltungsspielraums und einer damit korrespondierenden Kontrollrestriktion ableitbar wären.

Es ist deshalb nicht verwunderlich, daß Feldhaus⁸⁾ es "für reizvoll und einer besonderen Untersuchung Wert erachtet, die Frage zu erörtern, ob die immissionsschutzrechtliche Genehmigungsbehörde nicht über § 6 Nr. 1 in Verbindung mit § 5 Nr. 2 einen gewissen kognitiven Planungs- und Beurteilungsspielraum zuerkannt bekommen habe", ohne diese Frage allerdings

1) vgl. nur die Ausführungen bei Feldhaus, DVBL 1980, S. 133 und Bethge/Meurers, TA-Lärm, S. 144

2) in: Immissionsschutz, S. 44

3) in: GewArch 1979, S. 49; dies. in: GewArch 1980, S. 78: "Umweltgestaltung"

4) in: Kommentar zum BImSchG, § 5 Rn 4

5) in: DVBL 1980, S. 137

6) in: NJW 1980, S. 1258

7) in: Probleme, S. 45 f.: "Bewirtschaftungsermessen"

8) in: DVBL 1980, S. 137

ausreichend zu beantworten¹⁾.

Insgesamt kann daher nur festgestellt werden, daß eine dogmatische Durchdringung der Auswirkungen einer möglichen Freiraumkomponente auf die verwaltungsgerichtliche Kontrolldichte bislang fehlt.

bb) Die Auffassungen in der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung zur Funktion des Vorsorgegebotes stellt sich genauso uneinheitlich dar, wie die Literaturmeinungen.

So steht das OVG Lüneburg²⁾ auf dem Standpunkt, es gehe um die Schaffung einer am Gefahrenbegriff orientierten Sicherheitszone vor der Gefahrenschwelle, während das Verwaltungsgericht Düsseldorf³⁾ Wert auf die Freiraumkomponente legt.

Das Bundesverwaltungsgericht⁴⁾ hatte die Frage zunächst ausdrücklich offengelassen, während das neueste Urteil⁵⁾ einige Hinweise auf ein am Gefahrenbegriff orientiertes Vorsorgegebot enthält. Sicher ist dieses allerdings nicht.

Was die Frage etwaiger Konsequenzen aus der Qualifizierung des § 5 Nr. 2 BImSchG als Planungsnorm anbetrifft, sind den Urteilen, die die Freiraumkomponente betonen, keinerlei Hinweise zu entnehmen.

cc) Eigener Standpunkt

Zunächst ist davon auszugehen, daß der selbständigen Regelung des Vorsorgeprinzips in § 5 Nr. 2 BImSchG eine über das Schutzprinzip in § 5 Nr. 1 BImSchG hinausgehende Bedeutung zukommt.

Die Annahme, es handele sich bei § 5 Nr. 2 BImSchG um eine Tautologie, führt zu einer im Ergebnis mit dem Wortlaut und dem Aufbau des Gesetzes kaum zu vereinbarenden Doppelregelung⁶⁾.

1) vgl. auch Hoppe, VVDStRL 38 (1979), S. 229 Fn 41, der diese Frage offenbar auch für klärungsbedürftig hält

2) in: GewArch 1980, S. 203

3) Az: 3 K 2922/77, S. 14 f.

4) in: JUS 1983, S. 400

5) BVerwG, DÖV 1984, S. 633

6) wie hier Bubenbender, Energierecht, Rn 1103; vgl. aber auch Feldhaus, DVBL 1980, S. 134, der zwar auf das Problem des "vorbeugenden Immissionsschutzes" hinweist, i.E. aber auch von einer selbständigen Bedeutung des § 5 Nr. 2 ausgeht

Was darüber hinaus vom Vorsorgegebot des § 5 Nr. 2 BImSchG erfaßt wird, läßt sich nur unter Berücksichtigung von Entstehungsgeschichte, Wortlaut, Sinn und Zweck sowie Systematik der Vorschrift erschließen.

(1) Entstehungsgeschichte der Vorschrift

Entstehungsgeschichtlich ist zunächst bedeutsam, daß der Gesetzgeber offenbar mit der Forderung nach Vorsorge ganz bestimmte Vorstellungen verbunden hat.

So heißt es in der amtlichen Begründung zu § 6 BImSchG:

"Da genehmigungsbedürftige Anlagen ihrer Natur nach potentielle Gefahrenquellen darstellen und i.d.R. über längere Zeiträume betrieben werden, genügt es nicht, daß schädliche Umwelteinwirkungen im Augenblick der Genehmigung ausgeschlossen sind. Es darf auch nicht die Möglichkeit künftiger Beeinträchtigungen bestehen. Immissionsschutz im Bereich der genehmigungsbedürftigen Anlagen muß nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts stets auch vorbeugender Immissionsschutz sein (Beschuß des Bundesverwaltungsgerichts vom 28. März 1968 - I B 7.68).

Es muß deshalb bereits im Zeitpunkt der Genehmigung Vorsorge gegen schädliche Umwelteinwirkungen getroffen werden. Die Forderung nach ausreichender Vorsorge ist angesichts der zunehmenden Verdichtung unserer Lebensräume unabdingbar. Sie ist aber ebenso im Interesse der Industrie selbst notwendig, um rechtzeitig zu verhindern, daß später die Errichtung neuer Industrieunternehmen wegen vorhandener bedenklicher Immissionsbelastung untersagt werden muß"¹⁾.

Diese Begründung enthält zwei zentrale Aussagen, von denen die eine zunächst mißverständlich, die andere dagegen klarer ist. Zu Mißverständnissen könnte die Formulierung über den vorbeugenden Immissionsschutz mit Hinweis auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts führen; daraus könnte entnommen werden, es gehe bei § 5 Nr. 2 BImSchG ausschließlich um "Vorbeugung".

Der Vorbeugegrundsatz wird jedoch bereits von § 5 Nr. 1 BImSchG erfaßt. Denn nach § 5 Nr. 1 BImSchG müssen die Anlagen so errichtet und betrieben werden, daß schädliche Umwelteinwirkungen nicht hervor-

1) vgl. BT-Drucksache 7/179, S. 32

gerufen werden können¹⁾.

Aus dem entsprechenden Wortlaut des § 18 GewO hat das Bundesverwaltungsgericht²⁾ abgeleitet, daß die Genehmigungsbehörde die Möglichkeit künftiger Beeinträchtigungen durch die Anlage zu berücksichtigen habe und Immissionsschutz nach den §§ 16 ff. GewO stets auch vorbeugender Immissionsschutz sei. Zwar enthält das Zitat der amtlichen Begründung insgesamt eine Begründung zum Vorsorgegrundsatz, so daß insoweit die zitierte Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nicht einleuchtend erscheint, wenn man davon ausgeht, daß der Vorbeugegrundsatz bereits in § 5 Nr. 1 BImSchG enthalten ist.

Die Begründung muß jedoch im Zusammenhang mit der seinerzeitigen Fassung des Regierungsentwurfs gesehen werden, der in § 6 Nr. 1 - anders als in § 5 Nr. 1 BImSchG - nur auf den Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen abstellte, indem die Formulierung "schädliche Umwelteinwirkungen nicht hervorgerufen werden" gewählt wurde³⁾.

Erst auf Vorschlag des Bundesrates wurde das aus § 18 GewO bekannte Wort "können" mit der Begründung eingeführt, die Formulierung des gegenwärtigen Rechts solle beibehalten werden⁴⁾.

Daraus kann aber nur der Schluß gezogen werden, daß die bisherige höchstgerichtliche Rechtsprechung zum vorbeugenden Immissionsschutz dem § 5 Nr. 1 BImSchG zugewiesen werden sollte⁵⁾.

Folglich sind vorbeugender Immissionsschutz und Vorsorgegrundsatz deutlich voneinander zu trennen.

Die Gesetzesmaterialien belegen daher, daß der Vorsorgegrundsatz insbesondere dort zur Anwendung kommt, wo für Gefahrenabwehr und vorbeugenden Immissionsschutz noch kein Anlaß besteht.

Das führt zu der Frage, wozu derartige Vorsorgemaßnahmen eigentlich erforderlich sind, bzw. welcher Bereich durch das Vorsorgeprinzip abgedeckt werden soll.

1) eigene Hervorhebung

2) in: DVBL 1968, S. 35

3) vgl. Feldhaus, DVBL 1980, S. 134

4) vgl. BT-Drucksache 7/179, S. 52

5) wie hier Feldhaus, DVBL 1980, S. 134; wohl auch Sellner, Immissionsschutzrecht, Rn 59; Jarras, § 5 BImSchG, Rn 25; Schmölling/Mäder, GewArch 1979, S. 50; Büdenbender, Energierecht, Rn 1102; nicht eindeutig Rengeling, VEnergR Bd. 49, S. 49, 50

Diese Frage wird durch die Gesetzesmaterialien beantwortet, wonach die Vorsorge neben der Freihaltung von Lebensräumen dazu dient, im Interesse der Industrie die spätere Errichtung von Industrieanlagen sicherzustellen.

Das Vorsorgeprinzip soll deshalb insoweit verhindern, daß die Immissionen im Einwirkungsbereich einer Anlage trotz deren Emissionen zwar innerhalb der Grenzwerte der TA-Luft bleiben, im Ergebnis aber so stark ansteigen, daß weitere Industrieansiedlungen nicht mehr oder nur noch sehr begrenzt möglich sind.

Anders dürfte die zitierte Begründung wohl kaum zu verstehen sein, so daß es von der Entstehungsgeschichte her zutreffend erscheint, die Funktion der Vorsorge in einer gerechten Verteilung der vorhandenen Umweltbelastung zu sehen¹⁾.

Wenn es aber darum geht, vorhandene Luftressourcen unter die einzelnen Anlagenbetreiber zu verteilen, so ist damit auch automatisch ein planerisches Element verbunden.

Diese Auffassung wird durch den damaligen Vorsitzenden des Innenausschusses bestätigt, der darauf hingewiesen hat, daß der Umweltschutz ein Bereich ist, in dem es Werte gibt, die planend und gestaltend zu bewahren aller Pflicht und Interesse ist²⁾.

Das verkennt Breuer³⁾, der trotz der eindeutigen Hinweise in den Gesetzesmaterialien die Planungs- und Verteilungsfunktion des Vorsorgegrundsatzes leugnet.

Der tiefere Grund für seine Auffassung dürfte wohl darin liegen, daß er von einer Ergebnisbetrachtung ausgeht. Denn bei Vorliegen einer Planungskomponente müßte er konsequenter Weise einen eventuellen Gestaltungsspielraum der Exekutive annehmen, den Breuer jedoch mit dem Charakter der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung für unvereinbar hält⁴⁾.

Eine derartige Ergebnisbetrachtung kann aber nicht überzeugen, da angesichts der eindeutigen Gesetzesmaterialien eine Planungskomponente nicht hinweg zu diskutieren ist.

1) ebenso Kutscheidt in: Landmann/Rohmer/Kutscheidt, § 1 BImSchG, Rn 7; Bethge/Meurers, TA-Luft, S. 44

2) so Prof. Schäfer in: BT-Protokoll vom 18.1.1974, S. 4688

3) in: Der Staat 1981, S. 412

4) vgl. Breuer, Der Staat 1981, S. 413

(2) Wortlaut der Vorschrift

Es ist fraglich, ob der Wortlaut des § 5 Nr. 2 BImSchG für die hier interessierende Frage einer Planungskomponente etwas hergibt, da der Begriff der Vorsorge nicht weiter aufgeschlüsselt wird.

Zunächst kann aus § 5 Nr. 2 BImSchG negativ abgeleitet werden, daß das Vorsorgegebot jedenfalls nicht durch eine im Verhältnis zur Gefahrenabwehr nach § 5 Nr. 2 BImSchG geringere Eintrittswahrscheinlichkeit gekennzeichnet ist.

Denn der Wahrscheinlichkeitsgrad ergibt sich aus dem Wort "schädliche Umwelteinwirkungen" und nicht aus dem Wort "Vorsorge". Schädliche Umwelteinwirkung bedeutet nach § 3 I BImSchG eine Gefahr, und eine Gefahr bedeutet die Wahrscheinlichkeit, daß ein Schaden eintritt¹⁾. Wäre die Wahrscheinlichkeit in dem Wort "Vorsorge" angesiedelt, hätte § 5 Nr. 2 BImSchG angeordnet:

Zu vermeiden ist eine wahrscheinliche Wahrscheinlichkeit. Das erscheint aber sinnlos.

Darüber hinaus läßt der Wortlaut des § 5 Nr. 2 BImSchG zumindest andeutungsweise einen planungsrechtlichen Einschlag erkennen, was folgende Überlegung verdeutlichen soll:

Wenn "vorsorgen gegen" soviel bedeutet, wie "das Vermeiden des Eintritts einer bestimmten vom Gesetz nicht gewollten Situation", so läßt sich diese Deutung - was immer sie auch beinhalten mag (Freiraumkomponente oder gefahrenunabhängige Risikovorsorge) - sprachlich mit "vorsorgen für" gleichsetzen. Denn wenn es darum geht, eine bestimmte Situation zu vermeiden, und das ist auf jeden Fall vom Gesetzgeber gewollt, so läßt sich dieses Gebot auch sprachlich so formulieren, daß eben Sorge "dafür" getragen werden soll, daß dieser Zustand nicht eintritt. Soll aber "für" etwas vorgesorgt werden, so bedeutet dieses rein sprachlich so etwas wie "planen". Im Ergebnis läßt deshalb auch der Wortlaut des § 5 Nr. 2 BImSchG den Schluß auf planerische Elemente zu.

(3) Sinn und Zweck der Vorschrift

Sinn und Zweck des § 5 Nr. 2 BImSchG geben isoliert betrachtet nicht mehr her, als bereits durch die Entstehungsgeschichte der Vorschrift dokumentiert wurde.

1) vgl. auch Börner, VEnergR Bd. 40, S. 144; zum Prinzip des Bedeutungszusammenhangs vgl. Wolfgang Martens, FS für Ipsen, S. 464

Zweck des BImSchG und damit auch des § 5 Nr. 2 ist es, dem Entstehen schädlicher Umwelteinwirkungen vorzubeugen. Das ergibt sich u.a. auch aus § 1 BImSchG.

Inwieweit der Zweck des Vorsorgegebotes darauf gerichtet ist, Freiräume für spätere Industrieansiedlungen offenzuhalten, läßt sich nicht isoliert aus der Zwecksetzung sondern nur in Verbindung mit den Gesetzesmaterialien erfassen. Insoweit kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden.

(4) Systematische Überlegungen

Systematisch kann die Funktion der Vorsorge allenfalls aus dem Verhältnis von § 5 Nr. 2 und § 5 Nr. 1 BImSchG bestimmt werden.

§ 5 BImSchG enthält insgesamt drei Grundpflichten, die in drei verschiedene Ziffern gegeneinander abgehoben formuliert und kumulativ sind. Dies legt es dar, daß die drei Grundpflichten jeweils eigenständig normiert worden sind. Folglich müßte der Inhalt des Vorsorgeprinzips aus dem Verhältnis von § 5 Nr. 1 zu § 5 Nr. 2 BImSchG bestimmbar sein.

Wenn nun der Gedanke der Gefahrenabwehr und des vorbeugenden Immissionsschutzes der Vorschrift des § 5 Nr. 1 BImSchG zuzuordnen ist, stellt sich die Frage, was dann noch übrig bleibt und von § 5 Nr. 2 BImSchG erfaßt wird. Diese Frage läßt sich alleine aus den systematischen Erwägungen heraus nicht beantworten, sondern allenfalls in Verbindung mit den Gesetzesmaterialien.

Bezeichnend ist in diesem Zusammenhang, wenn beispielsweise Rengeling¹⁾ formuliert, mit § 5 Nr. 2 sei ein Umweltschutz gemeint, der "irgendwie" über den durch § 5 Nr. 1 BImSchG geregelten Bereich hinausgehe. Was das sein soll, läßt sich jedenfalls nicht anhand systematischer Erwägungen ergründen.

(5) Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, daß die Funktion der Vorsorge nur anhand der Gesetzesmaterialien zu erklären ist. Diese belegen hinreichend deutlich, daß es dem Gesetzgeber u.a. darum ging, Freiräume für spätere Industrieansiedlungen zu schaffen. Damit muß dem Gebot des § 5 Nr. 2 BImSchG eine planungsrechtliche Komponente zugeschrieben werden.

1) in: VEnergR Bd. 49, S. 57, 59

d) Schlußfolgerung hinsichtlich der planerischen Gestaltungsfreiheit

Fraglich ist, ob die vorstehenden Ausführungen genügen, um § 5 Nr. 2 BImSchG als planungsrechtliche Vorschrift mit der Konsequenz einer planerischen Gestaltungsfreiheit der Exekutive zu qualifizieren. Gegen eine solche Qualifizierung wird in der Literatur teilweise vorgebracht, § 6 in Verbindung mit § 5 Nr. 2 BImSchG sei nicht final, sondern konditional strukturiert¹⁾.

Dahinter steckt die Überlegung, daß die Qualifizierung einer Vorschrift als Planungsnorm nach allgemeiner Ansicht nur bei finaler Strukturierung möglich ist²⁾.

Dem ist jedoch entgegenzuhalten, daß das pauschale Abstellen auf finale oder konditionale Strukturierung aus mehreren Gründen nicht geeignet ist, die Einordnung des § 5 Nr. 2 BImSchG als Planungsnorm zu widerlegen.

Einerseits kann das klassische Konditionalprogramm im Bereich der Ordnungsverwaltung versagen, wenn es sich bei dem zu ordnenden Gegenstand um eine komplexe und dynamische Materie handelt, die sich einer abschließenden Festschreibung weitgehend entzieht³⁾.

Die Rechtsnormen sind dann zwar im Grunde noch konditional strukturiert, indem sie an den Eintritt eines bestimmten Ereignisses bestimmte Rechtsfolgen knüpfen. Die Bedingungen sind aber insbesondere bei Verwendung unbestimmter Gesetzesbegriffe, die in Prognosevorgänge eingebaut sind, von so geringer Präzisierung, daß sie der Verwaltung allenfalls Anhaltspunkte für ihr Handeln vermitteln.

Eine solche Situation ist auch im Immissionsschutzrecht anzutreffen, wie bereits mehrfach ausgeführt wurde.

Wenn das aber so ist, so kann die konditionale Strukturierung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung nicht als Argument gegen die Qualifizierung als Planungsnorm verwendet werden.

1) so Rengeling, VEnergR Bd. 49, S. 37, 63; Breuer, Der Staat 1981, S. 413; Rittstieg, Konkretisierung, S. 168; auch Feldhaus betont, daß § 5 Nr. 2 keine Planungsvorschrift sei, vgl. in: DVBL 1980, S. 137

2) s.o. § 6 IV, 2b)

3) so van Buiren/Ballerstedt/Grimm, Richterliches Handeln und technisches Risiko, S. 33; vgl. auch Wahl, DVBL 1982, S. 61 und Salzwedel, Probleme, S. 41 f.

Es erscheint deshalb nicht von vornherein ausgeschlossen, daß die Exekutive trotz der konditionalen Struktur der Genehmigung nach § 6 BImSchG im Bereich des Vorsorgegrundsatzes eine Kompetenz zur finalen Programm-bildung besitzt¹⁾. Insbesondere die Entstehungsgeschichte zu § 5 Nr. 2 BImSchG hat verdeutlicht, daß diese Vorschrift ihrem Inhalt und ihrer Zielrichtung nach planungs- und bewirtschaftungsrechtlicher Natur ist, weil sie dazu dient, Belastungsreserven für zukünftige Vorhaben offenzuhalten.

Damit wird das Modell der formell strikt gebundenen, materiell auf Gefahrenabwehr abzielenden Erlaubnis verlassen in Richtung auf eine planerische Vorsorge für ein größeres Gebiet, in das sich das Einzelvorhaben mit seinen umweltrelevanten Auswirkungen einfügen muß²⁾.

Andererseits berücksichtigen die dargestellten Literaturmeinungen nicht genügend, daß es auch sogenannte "Programmverschachtelungen" geben kann, die sowohl konditionale als auch finale Elemente enthalten³⁾.

So erscheint es gerade mit Rücksicht auf das Vorsorgegebot naheliegend, daß in die konditional gefaßte Genehmigung nach § 6 BImSchG finale Elemente des § 5 Nr. 2 BImSchG einfließen.

Im Ergebnis wird man deshalb unter Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte und der übrigen Gründe nicht umhin kommen, dem Vorsorgegebot planerischen Gehalt beizumessen⁴⁾.

Damit stellt sich die Frage, welche Konsequenzen daraus im Hinblick auf die planerische Gestaltungsfreiheit der Exekutive im Rahmen des Vorsorgegebotes zu ziehen sind. Diese Frage wird in der Literatur so gut wie nicht gestellt, da i.d.R. bereits die Einordnung des § 5 Nr. 2 BImSchG als Vorschrift mit planungsrechtlichem Einschlag abgelehnt wird.

Ansich wäre es konsequent, der Exekutive bei der gerechten Verteilung des vorhandenen Potentials an zulässiger Umweltbelastung eine gerichtlich nur beschränkt kontrollierbare planerische Gestaltungsfreiheit zuzubilligen⁵⁾, da Planung ohne Gestaltungsfreiheit ein Widerspruch in sich wäre.

1) vgl. grds. zur Kompetenz zu finaler Programmierung Hoppe, DVBL 1975, S. 691; Tettinger, DVBL 1982, S. 426; Nierhaus, DVBL 1977, S. 24; BVerwG, DVBL 1974, S. 767

2) wie hier Hoppe, Wirtschaftliche Vertretbarkeit, S. 45; Wahl, DVBL 1982, S. 61; Soell, RuS Heft 496/497, S. 9, 10

3) vgl. dazu Hoppe, DVBL 1974, S. 644; König, VerwArch 62 (1974), S. 4; Oberndorfer, Die Verwaltung 5 (1972), S. 262, 263

4) das Bedürfnis nach Planung klingt auch bei Hoppe, Jura 1979, S. 137 und Soell, RuS Heft 496/497, S. 9, 10 an

5) in diese Richtung tendiert Soell, RuS Heft 496/497, S. 10, der von einem "weiten Entscheidungsspielraum" spricht; vgl. auch Wahl, DVBL 1982, S. 61

Andererseits setzt der Gestaltungsspielraum auf Grund planerischer Gestaltungsfreiheit voraus, daß das Gesetz selbst die Abwägung anhand einigermaßen inhaltlich bestimmter Merkmale ermöglicht¹⁾.

Eine entsprechende Abwägungsklausel, wie sie etwa in § 1 Abs. 7 BBauG enthalten ist, ist in § 5 BImSchG jedoch nicht vorhanden. Vom Gesetz her gesehen ist die Abwägungsbreite in § 5 BImSchG vorgegeben.

Man kann nur abwägen zwischen mehr oder weniger Umweltschutz. Andere zu berücksichtigende Umstände, die bei Planungsentscheidungen regelmäßig gegeneinander abzuwägen sind, werden vom Gesetz her nicht genannt.

Mit Rücksicht auf das rechtsstaatliche Gebot der Normenbestimmtheit müßte deshalb § 5 Nr. 2 BImSchG eine konkrete Selektion und Differenzierung im Hinblick auf die immissionsrelevanten Umstände des Einzelfalls enthalten, wollte man der Behörde eine planerische Gestaltungsfreiheit zubilligen²⁾. Man wird deshalb de lege lata davon ausgehen müssen, daß § 5 Nr. 2 BImSchG eine planungsrechtlich unausgereifte Kategorie darstellt, in der zwar im Hinblick auf die Verteilung des Potentials an zulässiger Umweltbelastung gewisse Planvorstellungen realisiert worden sind, die aber aus Gründen des Bestimmtheitsgebots nicht ausreichen, einen planerischen Gestaltungsspielraum anzunehmen³⁾.

Diese Erkenntnis bedeutet zwar, daß de lege lata keine Kontrollrestriktion im Hinblick auf das Vorsorgegebot vertretbar ist, eröffnet aber - gerade mit Rücksicht auf die planerischen Elemente - neue Möglichkeiten de lege ferenda.

1) so zutreffend Meyer-Abich, Umwelt 6/1976, S. 442; Breuer, Der Staat 1977, S. 51; Rengeling, VEnergR Bd. 49, S. 37

2) vgl. auch Breuer, Der Staat 1981, S. 412; Rittstieg, Konkretisierung, S. 168; Rengeling, VEnergR Bd. 49, S. 37

3) wie hier auch Rehbinder in: Salzwedel, Umweltrecht, S. 87: "keine festen Konturen"; ebenso Hoppe, VVDStRL 38 (1979), S. 228

V. Ergebnis zu § 6

Als Ergebnis der Untersuchung zu den Möglichkeiten der Kontrollrestriktion im Bereich des materiellen Immissionsschutzrechts de lege lata kann folgendes festgehalten werden:

Die Untersuchung hat gezeigt, daß in Rechtsprechung und Literatur zum materiellen Immissionsschutzrecht nur wenig tragfähige Anhaltspunkte zu finden sind, die eine - gemessen an der bisherigen Spruchpraxis - weniger dichte Gerichtskontrolle rechtfertigen könnten.

Die Lehre vom Beurteilungsspielraum führt einerseits zu unauflösbaren Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen Wert- und Erfahrungsbegriffen. Dadurch werden die Probleme nur auf eine andere Ebene übertragen. Andererseits vermag diese Lehre, die von einer vollinhaltlichen Überprüfbarkeit der tatsächlichen Gegebenheiten ausgeht, die spezifisch immissionsschutzrechtliche Problematik, die im tatsächlichen Bereich verankert ist, nicht befriedigend zu lösen.

Ähnliches gilt für die Vertretbarkeitslehre, die nur in den relativ seltenen Fällen einer Grenzzentscheidung der behördlichen Entscheidung einen Vorrang einräumen will. Im übrigen verlagert diese Lehre die Problematik auf die Frage, ob ein Grenzfall vorliegt oder nicht.

Soweit zur Begründung eines Beurteilungsspielraums das Gewaltenteilungsprinzip herangezogen wird, erscheint dieser Gesichtspunkt zu abstrakt, um daraus konkrete Folgerungen ableiten zu können.

Die Untersuchung hat vielmehr gezeigt, daß der rechtliche Ansatzpunkt für eine Kontrollrestriktion im wesentlichen in der Struktur der konkreten immissionsschutzrechtlichen Normen begründet ist. Erst wenn sich daraus Anhaltspunkte für eine Kontrollrestriktion ableiten lassen, bestehen unter dem Gesichtspunkt des Art. 19 Abs. 4 GG keine Bedenken gegen die Annahme einer Kontrollrestriktion.

Dementsprechend ist auch den Ansätzen zu widersprechen, die einen Beurteilungsspielraum kraft Natur der Sache befürworten. Die tatsächlichen Schwierigkeiten bei der Verwirklichung umweltrelevanter Großvorhaben rechtfertigen alleine keine Rechtswegverengung.

Der einzig vertretbare Weg einer Kontrollrestriktion hatte deshalb im Wege einer Gesamtschau die materiellen Genehmigungsvoraussetzungen zu analysieren und von dort aus der Frage nachzugehen, ob nach dem Willen des Gesetzgebers sowie Sinn und Zweck der zu entscheidenden Norm Entscheidungsprärogativen der Behörde vorhanden sind.

Die Untersuchung hat gezeigt, daß der prognostische Charakter der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung allein nicht für ein Entscheidungsvorrecht ausreicht. Lediglich als additives Merkmal ist der Prognosebegriff geeignet, Rückschlüsse auf das Vorliegen von Beurteilungsspielräumen zu ziehen. Ein danach erforderlicher sonstiger sachstruktureller Anhaltspunkt konnte in § 48 BImSchG gefunden werden.

Die Vorschrift belegt sowohl vom Wortlaut als auch von der Entstehungsgeschichte sowie von Sinn und Zweck her, daß der Gesetzgeber die Konkretisierung der unbestimmten Gesetzesbegriffe mit Rücksicht auf den prognostischen Charakter der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung letztverbindlich auf die Exekutive übertragen wollte.

Soweit eine derartige Konkretisierung durch allgemeine Verwaltungsvorschriften wie die TA-Lärm und TA-Luft erfolgt ist, binden die in diesen Vorschriften enthaltenen Immissions- und Emissionswerte nebst Meß- und Beurteilungsverfahren sowohl die Behörde als auch die Verwaltungsgerichte. Dementsprechend verringert sich die verwaltungsgerichtliche Kontrolldichte, wobei die Kontrolle nach Maßgabe einer im einzelnen dargestellten Rahmenkontrolle erfolgt.

Im Ergebnis als nicht tragfähig für eine Kontrollrestriktion hat sich die Qualifizierung des Vorsorgegebotes als Planungsvorschrift erwiesen. Zwar dürfte anhand der Gesetzesmaterialien feststehen, daß § 5 Nr. 2 BImSchG als Norm mit planerischem Einschlag anzusehen ist. Wegen mangelnder Angaben im BImSchG über Art und Umfang der Planung sowie der bei der Abwägung zu berücksichtigenden Interessen kann jedoch mit Rücksicht auf das Gebot rechtsstaatlicher Bestimmtheit nicht die Schlußfolgerung einer planerischen Gestaltungsfreiheit und einer damit korrespondierenden Kontrollrestriktion gezogen werden.

2. Abschnitt:

Möglichkeiten der Kontrollrestriktion auf der Grundlage des materiellen Immissionsschutzrechts de lege ferenda

§ 7 Der Zusammenhang zwischen verwaltungsgerichtlicher Kontrolle und Gestaltung des materiellen Immissionsschutzrechts

Wegen des bereits mehrfach erwähnten Zusammenhangs zwischen der Struktur der zu kontrollierenden Normen und dem Umfang der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle erscheint es möglich, mit Hilfe bestimmter Modifikationen des Immissionsschutzrechts administrative Entscheidungen von einer Gerichtskontrolle freizustellen¹⁾.

Es erscheint deshalb sinnvoll, der Frage nachzugehen, inwieweit durch gesetzliche Veränderungen im Bereich des Immissionsschutzrechts die gerichtliche Kontrolle eingeschränkt und damit die Verwaltungsgerichtsbarkeit entlastet werden kann.

Entsprechende Ansätze einer Modifikation der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung sind in der Rechtsprechung überhaupt nicht und in der Literatur nur ansatzweise vorhanden. Es sollen daher im folgenden weiterführende Überlegungen aufgegriffen und vertieft werden.

§ 8 Überlegungen zu einer Umstrukturierung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung

I. Das sogenannte "Kartellgesetz-Modell"

In der Literatur²⁾ ist teilweise - allerdings ohne eingehende Untersuchung - vorgeschlagen worden, die immissionsschutzrechtliche Genehmigung nach dem Muster des § 70 Abs. 5, S. 2 GWB zu strukturieren und damit zu einer Kontrollrestriktion zu gelangen.

§ 70 GWB regelt im einzelnen die Entscheidung des Beschwerdegerichts über eine Verfügung der Kartellbehörde³⁾.

1) zu diesem Ansatz Ossenbühl, VEnnergR Bd. 41/42, S. 62; Papier, Die Stellung, S. 34

2) vgl. Fürst, atw 1981, S. 69/70; Ossenbühl, VEnnergR Bd. 41/42, S. 61, 62; allgemein auch Schmitt Glaeser, Der Landkreis 1976, S. 451; Papier, Die Stellung, S. 34

3) vgl. v. Gamm, Kartellrecht, § 70 GWB, Rn 1 f.

Speziell § 70 Abs. 5 GWB lautet:

"Die Verfügung ist auch dann unzulässig oder unbegründet, wenn die Kartellbehörde von ihrem Ermessen fehlsamen Gebrauch gemacht hat, insbesondere wenn sie die Grenzen des Ermessens überschritten oder durch die Ermessensentscheidung Sinn und Zweck dieses Gesetzes verletzt hat.

Die Würdigung der gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung ist hierbei der Nachprüfung des Gerichts entzogen".

Insbesondere der Satz 2 des § 70 Abs. 5 GWB hat die Forderung an den Gesetzgeber gestützt, nach diesem Vorbild in prognostischen Bereichen und bei der Anwendung unbestimmter Gesetzesbegriffe des technischen Sicherheitsrechts exekutivische Freiräume zu schaffen¹⁾.

Genauere Aussagen zur Übertragbarkeit des Kartellgesetz-Modells lassen sich jedoch erst nach einer Analyse der Vorschrift machen.

1. Die normspezifische Struktur des § 70 Abs. 5 GWB

Was § 70 Abs. 5 GWB im einzelnen besagt, ist sehr umstritten.

Die über ein Jahrzehnt andauernden Bemühungen, den dogmatischen und praktischen Stellenwert dieser Vorschrift auszumachen, können keineswegs als abgeschlossen angesehen werden²⁾.

Die Schwierigkeiten begannen schon während der Beratungen im Rechtsausschuß³⁾, später wurde dieser Vorschrift "orakelhafte Dunkelheit" attestiert⁴⁾, teilweise wird sie sogar für verfassungswidrig gehalten⁵⁾.

Die Kontroverse wird dabei durch unterschiedliche Terminologien verschärft, die auf der Qualifizierung von Ermessen und Beurteilungsspielraum beruhen⁶⁾.

Eine genaue Einordnung dieser in unserem Rechtssystem ein Unikat darstellenden Vorschrift⁷⁾ ist deshalb wohl zu Recht als aussichtsloser Versuch bezeichnet worden⁸⁾.

1) so Fürst, atw 1981, S. 70; Ossenbühl, VEnergR Bd. 41/42, S. 62

2) vgl. Müller/Gießler/Scholz, Kartellgesetz, § 70 GWB, Rn 19

3) vgl. Soell, Ermessen, S. 54 f.; Karsten Schmidt, Kartellrecht, S. 554

4) so der Abgeordnete Böhm, 222. BT-Sitzung, Sten. Ber. II/13 172

5) Scholz, Wirtschaftsaufsicht, S. 106 mit Fn 7

6) Karsten Schmidt in: Immenga/Mestmäcker, § 70 GWB, Rn 30

7) vgl. Löwer, JA 1976, S. 703

8) so Karsten Schmidt, Kartellrecht, S. 575

Versucht man sich von den terminologischen Schwierigkeiten einmal zu lösen und den praktischen Stellenwert des § 70 Abs. 5 GWB zu bestimmen, so ist zunächst zwischen § 70 Abs. 5, S. 1 GWB und § 70 Abs. 5, S. 2 GWB zu differenzieren.

Während § 70 Abs. 5, S. 1 GWB eine umfassende Rechtskontrolle sicherstellen soll, besteht der Normzweck des § 70 Abs. 5, S. 2 GWB darin, die Grenzen dieser Rechtskontrolle aufzuzeigen¹⁾.

Obwohl § 70 Abs. 5, S. 2 GWB seinem Wortlaut und seiner Stellung nach eine Einschränkung der in § 70 Abs. 5, S. 1 GWB festgelegten Ermessensprüfung darstellt, wird überwiegend die Einräumung eines sogenannten Beurteilungsspielraums im Rahmen unbestimmter Gesetzesbegriffe, die Elemente wirtschaftspolitischer Wertung enthalten, angenommen²⁾.

Nach streitiger, aber wohl überwiegender Ansicht ist § 70 Abs. 5, S. 2 GWB eng auszulegen und bezweckt lediglich, die Entscheidungen des Bundeswirtschaftsministers auf Grund des Kartellgesetzes der gerichtlichen Überprüfung zu entziehen, um so die wirtschaftspolitische Selbständigkeit des Ministers zu gewährleisten³⁾.

§ 70 Abs. 5, S. 2 GWB ist damit eine "political-question-Klausel"⁴⁾.

2. Übertragbarkeit des Kartellgesetz-Modells auf das Immissionsschutzrecht

Eine Übertragung des Kartellgesetz-Modells auf die immissionsschutzrechtliche Genehmigung dürfte aus mehreren Gründen Bedenken ausgesetzt sein.

Einerseits hat die Erörterung des § 70 Abs. 5, S. 2 GWB gezeigt, daß diese Vorschrift höchst unklar und ihr Anwendungsbereich äußerst umstritten ist.

Bereits aus diesem Grunde ist bei einer Übertragung Vorsicht geboten, denn die bereits bestehenden Hemmnisse im Immissionsschutzrecht könnten statt verringert noch erheblich verschärft werden.

1) vgl. Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, § 70 GWB, Rn 27; v. Gamm, Kartellrecht, § 70 GWB, Rn 13; Karsten Schmidt in: Immenga/Mestmäcker, § 70 GWB, Rn 31

2) vgl. Müller/Gießler/Scholz, § 70 GWB, Rn 24; Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, § 70 GWB, Rn 27

3) vgl. Soell, Ermessen, S. 58; Karsten Schmidt in: Immenga/Mestmäcker, § 70 GWB, Rn 32; v. Gamm, Kartellrecht, § 70 GWB, Rn 13

4) Karsten Schmidt, Kartellrecht, S. 573

Andererseits enthält § 70 Abs. 5, S. 2 GWB (nur) die political-question-Doktrin des Kartellverwaltungsrechts¹⁾, was besagt, daß dem politisch verantwortlichen Minister ein seiner politischen Verantwortung vorbehaltenen Entscheidungsspielraum belassen werden soll²⁾.

Diese Auslegung verdeutlicht, daß nach dem Willen des Gesetzgebers in § 70 Abs. 5, S. 2 GWB eine gänzlich andere Zielvorstellung ihren Niederschlag gefunden hat, als es in § 6 BImSchG der Fall ist.

Nach § 6 BImSchG ist die Genehmigung zu erteilen, wenn die drei Grundpflichten des § 5 BImSchG und die sich aus einer Rechtsverordnung (§ 7 BImSchG) ergebenden Pflichten erfüllt werden und andere öffentlich-rechtliche Vorschriften und Belange des Arbeitsschutzes der Errichtung und dem Betrieb der Anlage nicht entgegenstehen.

Für irgendwelche politischen Entscheidungen der Genehmigungsbehörde ist kein Raum. Nach dem klaren Wortlaut des § 6 BImSchG besteht ein Rechtsanspruch auf die Erteilung der Genehmigung, wenn die Voraussetzungen vorliegen.

Damit würde sich ein politischer Entscheidungsspielraum nicht vertragen, der es z.B. der Genehmigungsbehörde ermöglichen könnte, aus politischen Grundsatzabwägungen die Genehmigung zu versagen.

So wäre es mit den Rechten des Anlagenbetreibers unvereinbar gewesen, wenn beispielsweise die Genehmigungsbehörde im 1984 aktuellen Fall des Kraftwerks Buschhaus dem politischen Druck des Bundestages folgend aus reinen umweltpolitischen Gründen die Genehmigung erst nach Einbau einer Rauchgasentschwefelungsanlage erteilt hätte, obwohl eine solche nach der für das Kraftwerk geltenden Rechtslage nicht erforderlich war³⁾. Eine Übertragung des - speziell auf das Kartellrechtsgefüge zugeschnittenen - Kartellgesetz-Modells auf das Immissionsschutzrecht scheidet damit aus.

1) Karsten Schmidt in: Immenga/Mestmäcker, § 70 GWB, Rn 32

2) so auch der Abgeordnete Wahl während der 2. Lesung, vgl. die Nachweise bei Soell, Ermessen, S. 48

3) vgl. zum Fall Buschhaus die ausführliche Darstellung in "Die Zeit" v. 3.8.1984, S. 9/10

II. Die Einführung einer gremiengebundenen Unbedenklichkeitsbescheinigung

1. Die Auffassung der Rechtsprechung und der herrschenden Literatur zur Entscheidungsprärogative als Ausgangspunkt

Vergegenwärtigt man sich die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und die herrschende Literaturansicht, so nehmen diese eine Entscheidungsprärogative der Exekutive bei wertenden oder prognostischen Entscheidungen an, wenn diese nach dem zugrundeliegenden Gesetz von einem besonders sachkundigen, repräsentativen und unabhängigen Verwaltungsgremium getroffen werden¹⁾.

Diese Würdigung erscheint auch gerechtfertigt, da neben den prognostischen bzw. wertenden Charakter der Entscheidung als weiterer sachstruktureller Anhaltspunkt die Entscheidung durch ein unabhängiges Kollegialorgan tritt²⁾.

Damit liegt eine ähnliche Situation vor, wie sie im Rahmen der Erörterung des § 48 BImSchG vorgefunden wurde: Dort manifestierte sich in § 48 BImSchG der gesetzgeberische Wille einer verwaltungsbehördlichen Entscheidungsprärogative und lieferte damit als zusätzlicher Gesichtspunkt zusammen mit dem prognostischen Charakter der Genehmigung nach § 6 BImSchG eine tragfähige Grundlage für ein behördliches Entscheidungsvorrecht.

Ähnliches muß auch für den Fall gelten, daß eine ihrer Natur nach hochkomplexe Prognoseentscheidung nach dem Willen des Gesetzgebers auf ein sachkundiges Gremium übertragen worden ist.

Für diesen Fall muß davon ausgegangen werden, daß der Gesetzgeber die letztverbindliche Entscheidung aus Gründen der Kompetenz und Sachnähe auf die administrative Ebene übertragen wollte³⁾.

Die zunächst von der Rechtsprechung in anderen Bereichen entwickelte Überlegung könnte daher möglicherweise auch für das Immissionsschutzrecht fruchtbar gemacht werden.

1) vgl. BVerwG, JZ 1972, S. 206 (CJS-Urteil); BVerwGE 59, 218 (Architekten-Urteil); BVerwG, DVBL 1982, S. 30, 31 (Saatgutbewertungs-Urteil); Wolff/Bachof, VerwR I, S. 192 f.

2) vgl. dazu oben § 6 IV, 1 d bb (1)

3) vgl. Breuer, AöR 101 (1976), S. 76, 77; ders. in: Energiewirtschaft 1979, S. 273

Ansätze dafür sind bereits dem Voerde-Urteil des OVG Münster¹⁾ zu entnehmen, das sich im Gegensatz zum Bundesverwaltungsgericht²⁾ ausführlich mit den Möglichkeiten etwaiger Entscheidungsprärogative auseinandersetzt.

Dort heißt es:

"Der Gesichtspunkt der Ermächtigung zu höchstpersönlichen, nicht nachvollziehbaren Beurteilungen und die Gedanken der sogenannten Vertretbarkeitslehre (vgl. Ule aaO.) haben in einzelnen Bereichen des Verwaltungsrechts ihren legitimen Platz, können jedoch nicht auf das Immissionschutzrecht, insbesondere nicht auf die Merkmale des § 5 Nr. 1 in Verbindung mit § 3 Abs. 1 BImSchG übertragen werden.

Die für eine solche eingeschränkte Kontrolldichte maßgeblichen Erwägungen der höchstpersönlichen unwiederholbaren Entscheidung sowie der Zuständigkeit eines pluralistischen repräsentativen sowie sachkundigen und unabhängigen Gremiums treffen auf eine Behörde wie den Beklagten nicht zu, die über die materielle Genehmigungsfähigkeit einer Anlage nach § 4 BImSchG zu befinden hat".

Die Urteils Passage läßt erkennen, daß zwei Gesichtspunkte für die Anerkennung einer Entscheidungsprärogative maßgeblich sind: einmal der Gedanke der höchstpersönlichen und unwiederholbaren Entscheidung sowie der Zuständigkeit eines pluralistisch repräsentativen sowie sachkundigen und unabhängigen Gremiums.

Diese Überlegungen des OVG Münster sind allerdings mißverständlich und bedürfen der Klarstellung.

Offenbar greift das OVG Münster bei der Suche nach Anhaltspunkten für Entscheidungsprärogativen auf das GJS-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts³⁾ zurück, wenn es den Gedanken der höchstpersönlichen Entscheidung hervorheben will. Das ergibt sich jedenfalls daraus, daß in der zitierten Urteils Passage auf dieses Urteil hingewiesen wird⁴⁾.

Entscheidend war für das Bundesverwaltungsgericht allerdings im GJS-Fall nicht der Gedanke der höchstpersönlichen und unwiederholbaren Entscheidung sondern folgende Überlegung:

"Es handelt sich bei der Indizierung jedoch nicht lediglich um die Feststellung von Tatsachen und deren Subsumtion; die Entscheidung über die

1) vgl. OVG Münster, DVBL 1976, S. 793

2) vgl. BVerwG, DVBL 1978, S. 592

3) vgl. BVerwG, JZ 1972, S. 204 f.

4) vgl. OVG Münster, DVBL 1976, S. 793

Eignung zur Jugendgefährdung enthält vielmehr ein vorausschauendes und zugleich richtungsweisendes Urteil mit erheblichem Einschlag wertender Elemente. ... Von der Sache her sind mehrere Lösungen, ist eine 'Bandbreite der Entscheidungsmöglichkeiten' (Redeker, DÖV 1971, 757 762) denkbar, die das Recht in gleicher Weise als vertretbar ansehen kann. Die Entscheidung der Prüfstelle erfordert eine Voraussage für die Zukunft und ist deshalb in ihrem Kern unvertretbar (Ule, Jellinek - Gedächtnisschrift 1955, S. 309)¹⁾.

Diese Urteils Passage verdeutlicht, daß das Bundesverwaltungsgericht u.a. den prognostischen Charakter der Entscheidung für maßgeblich hielt²⁾. Insoweit ist das Voerde-Urteil des OVG Münster undeutlich, wenn es von einer höchstpersönlichen und unvertretbaren Entscheidung spricht und in diesem Zusammenhang auf das GJS-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts verweist.

Maßgeblich ist vielmehr der prognostische Charakter der Entscheidung und die Tatsache, daß die Entscheidung von einem unabhängigen Gremium getroffen wird.

Liegen beide Gesichtspunkte vor, dürfte nach dem Willen des Gesetzgebers von einer Entscheidungsprärogative auszugehen sein. Diese Ansicht der Rechtsprechung hat auch mittlerweile in neueren Urteilen ihren Niederschlag gefunden. So heißt es beispielsweise im Saatgutbewertungs-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts³⁾:

"Denn diese Einschätzung ist nur durch eine Vorausschau möglich, die unterschiedliche Auffassungen zuläßt, weil in diesem Rahmen die allgemeinen, stets in Bewegung befindlichen Züchtungs- und Anbauverhältnisse sowie die industriellen Entwicklungen und Marktverläufe gewichtet werden müssen. Die danach notwendige Einschätzung eines zu erwartenden züchterischen Fortschritts unter Berücksichtigung der Anbau- und Marktentwicklungen ist zudem - was entscheidend für eine Einräumung einer Beurteilungsermächtigung spricht - nicht dem Bundessortenamt als solchem, sondern den beim Bundessortenamt gebildeten Sortenausschüssen als fachkundigen Kollegialorganen übertragen, die ihre Entscheidung über die Eintragung in die Sortenliste zumindest im Widerspruchsverfahren in einem justizähnlichen Verfahren treffen".

1) vgl. BVerwG, JZ 1972, S. 206

2) so auch Hoppe in: Ernst/Hoppe, Das öffentliche Bau- und Bodenrecht, Raumplanungsrecht, Rn 285b

3) in: DVBL 1982, S. 30

Hier wird besonders deutlich, daß gerade die Kombination von prognostischen Entscheidungen und Übertragung auf ein sachverständiges Gremium die maßgeblichen Elemente für eine Entscheidungsprärogative liefert.

Die Literatur¹⁾ ist dem im wesentlichen gefolgt.

2. Theoretisch notwendige gesetzliche Modifikationen

Die aus der Untersuchung von Rechtsprechung und Literatur gewonnenen Erkenntnisse rechtfertigen die Annahme, daß mit Hilfe einer Modifizierung des BImSchG eine Kontrollrestriktion herbeigeführt werden könnte. Denn der Umfang der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle bemißt sich nach den Ausgestaltungen des materiellen Rechts und liegt damit im wesentlichen in der Hand des Gesetzgebers.

Da die immissionsschutzrechtliche Genehmigung prognostische und wertende Gesichtspunkte beinhaltet²⁾, ist die nach der Rechtsprechung und Literatur erste Voraussetzung für die Annahme eines exekutivischen Gestaltungsspielraums gegeben.

Um den weiterhin erforderlichen sachstrukturellen Grund für eine Kontrollrestriktion zu liefern, müßte § 6 BImSchG modifiziert werden. Eine solche Modifikation könnte zunächst so aussehen, daß die volle Entscheidungskompetenz für die Genehmigung immissionsträchtiger Anlagen auf ein besonders sachkundiges, unabhängiges und gesellschaftspolitisch-repräsentatives Verwaltungsgremium übertragen wird³⁾.

Für eine solche Lösung könnte der Gesichtspunkt der Notwendigkeit einer Übereinstimmung von Organstruktur und Organfunktion sprechen⁴⁾. Danach soll der Gesetzgeber dort von einer bürokratischen Struktur des Entscheidungsorgans absehen, wo wertbezogene Einschätzungen mit dem Erfordernis besonderer Sachkunde zusammenfallen.

1) vgl. schon früher Redeker, DÖV 1971, S. 760; Wolff/Bachof, VerwR I, S. 192 f.; Tettinger, DVBL 1982, S. 421 f.; kritisch Maurer, Allg. VerwR, § 14 Rn 23; Breuer, Der Staat 1977, S. 51

2) siehe oben § 6 IV, 1 c, bb

3) Ansätze dazu bei Schmitt Glaeser, Der Landkreis 1976, S. 451; Ossenbühl, DVBL 1978, S. 9; ders. in: DÖV 1980, S. 552; Breuer, AöR 101 (1976), S. 76 f.; ders. in: Zeitschrift für Energiewirtschaft 1979, S. 273; Winkler v. Mohrenfels, ZRP 1980, S. 90

4) vgl. Ossenbühl, DVBL 1978, S. 9; Schmitt Glaeser, Der Landkreis 1976, S. 451

Andererseits ist zu berücksichtigen, daß eine vollständige Übertragung der Entscheidungskompetenz auf ein Gremium zur Folge hätte, daß die parlamentarische Verantwortung der Exekutive in einem Bereich mit erheblicher gesellschaftlicher Relevanz auf ein politisch nicht verantwortliches Expertengremium übertragen wird¹⁾. Damit würde das Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip unterlaufen, das eine derartige Übertragung nur in engen Grenzen zuläßt²⁾.

Es kommt hinzu, daß bei einer vollen Übertragung der Genehmigung ein derartiges Gremium wahrscheinlich überfordert wäre. Denn insbesondere bei einer gesellschaftspolitisch repräsentativen Besetzung besteht die Gefahr, daß aus Anlaß von Einzelfallentscheidungen immer wieder umweltpolitische Grundkonflikte aufgedeckt und erörtert werden.

Es entsteht dann eine für das Gremium kaum zu bewältigende Gemengelage von politischen, quasi-legislatorischen, exekutiven und antizipierten richterlichen Funktionen, denen es nicht gewachsen sein dürfte³⁾.

Zumindest ist es sehr zweifelhaft, ob eine derartige Konstruktion tatsächlich zur Konfliktlösung geeignet ist.

Es muß deshalb ein anderer Weg einer Entscheidungsübertragung gefunden werden.

Als ein solcher Weg kommt eine Modifikation des § 6 BImSchG insofern in Betracht, als eine Unbedenklichkeitsbescheinigung eines Fach- bzw. Verwaltungsgremiums zur Genehmigungsvoraussetzung erhoben werden könnte⁴⁾. Mit diesem Vorschlag würde nicht die komplette Verwaltungsentscheidung auf ein Fachgremium übertragen⁵⁾, sondern ein Sachverständigengremium hätte lediglich verbindlich über die Bewertung naturwissenschaftlicher und technischer Fragen zu entscheiden und die Genehmigungserteilung bliebe weiterhin bei der Genehmigungsbehörde⁶⁾.

1) vgl. Rittstieg, Konkretisierung, S. 233; Wagner, ZRP 1982, S. 104; Bender, Referat zum 52. DJT, K 31; vgl. ferner Breuer, Zeitschrift für Energiewirtschaft 1979, S.273; Marburger, Schadensvorsorge, S. 169

2) vgl. dazu BVerfGE 9, 281, 282

3) vgl. dazu Wagner, ZRP 1982, S. 105

4) vgl. Papier, Bitburger Gespräche 1981, S. 97; Wagner, ZRP 1982, S. 105; Hansmann, Referat zum 52. DJT, K 53, 54; Winters, DÖV 1978, S. 272 (für Atomrecht)

5) vgl. Wagner, ZRP 1982, S. 105; Rittstieg, Konkretisierung, S. 233

6) vgl. zu dieser Differenzierung Hansmann, Referat zum 52. DJT, K 53, 54; Wagner, ZRP 1982, S. 104 f.

Der Vorteil dieser Lösung läge insbesondere darin, daß die Gerichte nicht in alle naturwissenschaftlichen Einzelfragen eindringen müßten, sondern ihre Tätigkeit auf eine im einzelnen noch darzustellende Rahmenkontrolle beschränken könnten.

Die Folge wäre eine Konzentration der zentralen Fragen auf das Genehmigungsverfahren, während das Gerichtsverfahren weitgehend von technischen Details verschont bliebe und somit verkürzt und straffer durchgeführt werden könnte.

Eine Neuregelung dürfte sich dabei nicht darauf beschränken, die Beurteilung etwa des Standes der Technik einem Fachgremium zu überantworten, sondern sollte sinnvollerweise die Beurteilung der drei Grundpflichten des § 5 BImSchG in die Hände eines derartigen Gremiums legen. Gleichzeitig müßte die Zusammensetzung, Stellung und Arbeitsweise des Fachgremiums gesetzlich geregelt werden¹⁾.

Konkrete Veränderungsvorschläge im Bereich des materiellen Immissionsschutzrechts könnten etwa so aussehen, daß eine Prüfstelle für Immissionsschutzfragen²⁾ abschließend über die technischen und naturwissenschaftlichen Genehmigungsvoraussetzungen befindet.

Nähere Einzelheiten könnten im Landesorganisationsgesetz geregelt werden³⁾.

Die Institutionalisierung eines derartigen Gremiums hätte neben der Entlastung der Verwaltungsgerichtsbarkeit den großen Vorteil, daß Sachverstand auf der administrativen Ebene gebündelt und damit eine optimalere und für die Anlagenbetreiber besser voraussehbare Entscheidung getroffen werden könnte⁴⁾.

Zur Ergänzung soll darauf hingewiesen werden, daß ein Modell der hier vorgeschlagenen Art offenbar auch von den Diskussionsteilnehmern der "Bitburger Gespräche 1981" für akzeptabel gehalten wurde, ohne daß allerdings eine Diskussion darüber vertieft werden konnte⁵⁾.

1) vgl. dazu auch Papier, Bitburger Gespräche 1981, S. 97; Hansmann, Referat zum 52. DJT, K 55

2) die Bezeichnung wurde als Arbeitstitel gewählt

3) die Landesprüfstelle sollte aus Autoritätsgründen bei der zuständigen obersten Landesbehörde gebildet werden, vgl. auch Hansmann, Referat zum 52. DJT, K 55

4) vgl. dazu auch Breuer, AöR 101 (1976), S. 78, der allerdings den verworfenen Vorschlag befürwortet; sympatisierend mit der hier vorgeschlagenen Lösung auch Lerche, Kernkraft, S. 8 u. 9 mit Fn 6

5) vgl. Wagner, ZRP 1982, S. 105.Fn 10

Deshalb sollen die Auswirkungen der hier vorgeschlagenen Modifikationen auf die verwaltungsgerichtliche Kontrolldichte und die Vereinbarkeit mit rechtsstaatlichen Grundsätzen überprüft werden.

3. Auswirkungen einer Novellierung auf die verwaltungsgerichtliche Kontrolldichte

Der prognostische Charakter der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung bildet zusammen mit der teilweise vorzunehmenden Entscheidungsübertragung auf ein Fachgremium hinreichende Anhaltspunkte für die Annahme eines exekutivischen Entscheidungsvorrechts.

Da eine solche Entscheidungsprärogative aus dem materiellen Immissionsschutzrecht ableitbar wäre, würde sich die damit korrespondierende verwaltungsgerichtliche Kontrolldichte verringern.

Die gerichtliche Nachprüfung der Genehmigung nach § 6 BImSchG könnte sich deshalb auf die Einhaltung folgender Grenzen beschränken:

- Liegt ein positives Votum des Sachverständigengremiums vor?
- Ist dieses verfahrensmäßig ordnungsgemäß zustande gekommen?
- Ist das Votum in sich widerspruchsfrei?¹⁾
- Ist das Gremium von einem zutreffenden und vollständig ermittelten Sachverhalt ausgegangen?
- Sind allgemeine Bewertungsmaßstäbe mißachtet worden?
- Sind sachfremde Erwägungen für die Entscheidung mitbestimmend gewesen?²⁾

1) vgl. dazu Hansmann, Referat zum 52. DJT, K 54

2) vgl. dazu BVerwG, DVBL 1982, S. 31; BVerwG, DVBL 1982, S. 302; allgemein auch Wagner, ZRP 1982, S. 104 unter Hinweis auf Breuer, NJW 1977, S. 1127, Fn 26; ferner Winkler v. Mohrenfels, ZRP 1980, S. 90

4. Bedenken gegen die vorgeschlagene Lösung

Es könnten einige rechtliche, rechtspolitische und praktische Bedenken gegen die hier vorgeschlagene Lösung sprechen, so daß diese auf ihre Vertretbarkeit hin zu überprüfen ist.

a) Verfassungsrechtliche Bedenken

aa) Der Grundsatz der Gewaltenteilung

Zunächst ist fraglich, ob die Übertragung einzelner Entscheidungselemente auf ein Expertengremium mit der Folge einer Kontrollrestriktion die Kontrollfunktion der Gerichte beeinträchtigt und damit den aus Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG hergeleiteten Gewaltenteilungsgrundsatz verletzt.

Der Gewaltenteilungsgrundsatz soll zunächst als vom Gedanken der "cheques and balances" durchdrungenes Prinzip eine gegenseitige Hemmung der Gewalten herbeiführen, um so die Ausübung staatlicher Macht durch Teilung zugunsten ungestörter individueller Freiheit zu neutralisieren¹⁾.

Es geht also im wesentlichen um gegenseitige Kontrolle, Hemmung und Mäßigung²⁾, die jedoch nicht so weit gehen darf, daß die eine Gewalt den Kernbereich der anderen tangiert³⁾.

Insbesondere der zuletzt geäußerte Gedanke könnte die Annahme rechtfertigen, daß mit Übertragung der Entscheidungskompetenz auf ein Sachverständigengremium Bestandteile der immissionschutzrechtlichen Genehmigung der gerichtlichen Kontrolle entzogen werden und damit der Kernbereich der Judikative beeinträchtigt ist.

Andererseits wird nach dem hier vorgeschlagenen Modell gerade nicht die komplette Entscheidung nach § 6 BImSchG auf ein Sachverständigengremium übertragen, sondern nur der technisch-naturwissenschaftliche Teil.

1) vgl. Hesse, Grundzüge, 13. Aufl., S. 194 f.; Schnapp in: v. Münch, Art. 20 GG, Rn 32 f.; Ossenbühl, DÖV 1980, S. 546

2) vgl. dazu auch BVerfG, NJW 1973, S. 451

3) vgl. BVerfGE 9, 280; Schnapp in: v. Münch, Art. 20 GG, Rn 34

Das führt nicht zu einer generellen Beeinträchtigung der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle, sondern lediglich zu gewissen Auflockerungen im Bereich der Kontrolldichte, ein Vorgang, der seit Jahrzehnten in anderen Bereichen anerkannt ist und auch unter dem Gesichtspunkt der Gewaltenteilung für akzeptabel gehalten wird¹⁾.

Im übrigen ist selbst der ausgeklammerte Teil der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung nicht im vollen Umfang der Gerichtskontrolle entzogen, sondern die Kontrolldichte vielmehr nur nach Maßgabe einer Rahmenkontrolle relativiert. Es ist nicht erkennbar, inwieweit durch diese Relativierung die Funktion der Judikative "leerlaufen" könnte. Vielmehr ist gerade das Gegenteil der Fall. Denn in diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, daß der Gewaltenteilungsgrundsatz neben der erörterten Funktion auch der bestmöglichen Erfüllung staatlicher Aufgaben zum Wohl der Allgemeinheit dient.

Ein verfassungsgerechtes Gewaltenteilungssystem erfordert demnach eine Verteilung der Staatsfunktionen in dem Sinne, daß Entscheidungen nur von solchen Organen getroffen und erledigt werden, die nach ihrer inneren Struktur, Besetzung und Arbeitsweise für die betreffende Aufgabe legitimiert und gerüstet sind, um effizient zu entscheiden²⁾.

Dieser Gedanke reicht zwar alleine nicht aus, um eine Entscheidungsprärogative zu begründen³⁾, gewinnt aber im Zusammenhang mit der Übertragung technisch-naturwissenschaftlicher Bereiche auf ein Sachverständigengremium zentrale Bedeutung.

Durch dieses Modell wird einer funktionsgerechten Organstruktur insoweit Rechnung getragen, als das Sachverständigengremium als Träger originärer Sachkompetenz hochkomplexe wissenschaftlich-technische Sachverhalte entscheidet und die Verwaltungsgerichte in ihrer Kontrolltätigkeit auf den Bereich zurückgeführt werden, der ihnen herkömmlicher Weise zukommt.

Damit wird ein Auseinanderfallen von originärer Sachkompetenz und formaler Entscheidungskompetenz und damit letztlich auch vermieden, daß eine problematische verwaltungsbehördliche Entscheidung durch eine noch problematischere verwaltungsgerichtliche Entscheidung ersetzt wird.

1) vgl. auch Wagner, ZRP 1982, S. 104; ferner ohne genauere Prüfung im Ergebnis Hansmann, Referat zum 52. DJT, K 54; Rittstieg, Konkretisierung, S. 235

2) vgl. nur Ossenbühl, DöV 1980, S. 549

3) vgl. auch Wagner, ZRP 1982, S. 104; Ossenbühl, DöV 1980, S. 549

Der Gewaltenteilungsgrundsatz spricht daher eher für die hier vorgeschlagene Lösung, als daß aus ihm durchgreifende Bedenken abgeleitet werden könnten.

bb) Das Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip

Der Vorschlag der Übertragung der vollen Genehmigung auf ein Sachverständigengremium wurde mit den aus dem Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip fließenden Erwägungen der Verantwortlichkeit im Staat abgelehnt.

Es erhebt sich daher die Frage, ob derartige Bedenken auch gegenüber der Übertragung einzelner Entscheidungselemente auf ein Sachverständigengremium durchgreifen.

Bender¹⁾ hält den Vorschlag, die Kompetenz zur administrativen Gestattung umweltrelevanter Großvorhaben auf unabhängige, pluralistische und zugleich sachverständig besetzte Gremien zu übertragen, mit dem Grundsatz der parlamentarischen Regierungsverantwortung für unvereinbar.

Wegen einer im übrigen fehlenden hinreichenden demokratischen Legitimation eines solchen Kollegialorgans seien derartige Vorschläge nur im Wege einer Verfassungsänderung zu realisieren²⁾.

Diese Betrachtung ist jedoch viel zu pauschal, da sie die Besonderheiten des hier vorgeschlagenen Modells nicht hinreichend berücksichtigt.

Der aus dem Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip abgeleitete Gedanke der Verantwortlichkeit greift gegenüber der Übertragung einzelner Entscheidungselemente auf ein Sachverständigengremium gerade nicht durch. Nach wie vor ist bei dieser Konstruktion die zuständige Genehmigungsbehörde förmlich und in den wesentlichen Punkten auch inhaltlich Träger der Entscheidung.

Unter Berücksichtigung der hier vorgeschlagenen Gesetzesänderung befindet das Sachverständigengremium lediglich über die im Rahmen der

1) vgl. Bender, Referat zum 52. DJT, K 31; ähnlich Backherms, JUS 1980, S. 13

2) so Bender, DöV 1980, S. 639

3) so zutreffend Wagner, ZRP 1982, S. 105

immissionsschutzrechtlichen Genehmigung relevanten technisch-naturwissenschaftliche Fragen.

Über alle anderen Genehmigungsvoraussetzungen wie etwa die des § 6 Nr. 1 BImSchG in Verbindung mit einer auf Grund des § 7 BImSchG erlassenen Rechtsverordnung oder die des § 6 Nr. 2 BImSchG entscheidet die Verwaltungsbehörde wie bisher.

Ferner könnte bei der Novellierung berücksichtigt werden, Vertreter der Genehmigungsbehörde als Mitglieder des Sachverständigengremiums an dem Entscheidungsprozeß zu beteiligen und ihnen eine qualifizierte Widerspruchsmöglichkeit einzuräumen. Dadurch würde gewährleistet, daß am Entscheidungsprozeß diejenigen beteiligt sind, die letztlich auch verantwortlich sind.

Folglich würde die Genehmigungsbehörde - im Gegensatz zu dem verworfenen Modell - noch einen erheblichen Freiraum für eigenverantwortliche Entscheidungen behalten, so daß von einer "Aushöhlung" parlamentarischer Verantwortlichkeit keine Rede sein kann¹⁾.

Was den Vorwurf der fehlenden demokratischen Legitimation anbetrifft, läßt sich dieser dadurch entkräften, daß das Gremium auf Vorschlag der Landesregierung von den jeweiligen Landesparlamenten gewählt und somit die fehlende Legitimation herbeigeführt werden könnte²⁾.

Die Einwände Benders sind daher unbegründet.

cc) Die Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG

Es wurde bereits im Zusammenhang mit dem prognostischen Charakter der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung und der aus § 48 BImSchG abgeleiteten Entscheidungsprärogative darauf hingewiesen, daß es in der Hand des Gesetzgebers liege, Genehmigungsentscheidungen von einer vollinhaltlichen Überprüfung durch die Verwaltungsgerichte freizustellen³⁾.

Deshalb gilt prinzipiell dasselbe, wenn ein Beurteilungsspielraum aus dem prognostischen Charakter der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung in Verbindung mit einer Übertragung einzelner Entscheidungsle-

1) so Wagner, ZRP 1982, S. 106; vgl. auch Rittstieg, Konkretisierung, S. 235: "verfassungsrechtlich zulässig"; ferner Ossenbühl, DÖV 1980, S. 552; Hansmann, Referat zum 52. DJT, K 54

2) wie hier Rittstieg, Konkretisierung, S. 235; Lukes, Bitburger Gespräche 1981, S. 127; Hansmann, Referat zum 52. DJT, K 55

3) s.o. § 6 IV 1 d

mente auf ein Sachverständigengremium begründet wird.

Die vorgeschlagene Neuregelung verstößt daher nicht gegen Art. 19 Abs. 4 GG.

b) Rechts- und verfassungspolitische Bedenken

Bedenken gegen die hier vorgeschlagene Lösung könnten sich in rechts- und verfassungspolitischer Hinsicht ergeben.

Die z.Zt. gehandhabte Gerichtspraxis ist rechtspolitisch jedenfalls insoweit wünschenswert, als sich mit einer vollinhaltlichen Kontrolle der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung der in der verfassungsrechtlich abgesicherten Objektivität, Unparteilichkeit und Unabhängigkeit des Richters liegende "rechtsstaatliche Mehrwert"¹⁾ des richterlichen Urteils gegenüber der verwaltungsbehördlichen Entscheidung realisiert. Die Institutionalisierung eines Sachverständigengremiums könnte deshalb einen Verzicht auf diesen Mehrwert zur Folge haben, der rechtspolitisch sicherlich nicht erstrebenswert ist. Der Grund dafür könnte darin liegen, daß sich der wissenschaftlich-technische Sachverstand, der für ein Gremium der hier vorgeschlagenen Art erforderlich ist, konzentriert in den Bereichen der Industrie findet, die Anlagen errichten und betreiben.

Von daher könnte zweifelhaft sein, ob das hier vorgeschlagene Modell in der Lage ist, Unabhängigkeit und Objektivität zu gewährleisten²⁾.

Demgegenüber ist jedoch zu berücksichtigen, daß die personelle Besetzung eines solchen Gremiums mit unparteilichen, neutralen und objektiven Sachverständigen lediglich eine organisatorische Frage ist.

Zwar mag es z.Zt. noch nicht möglich sein, geeignete Personen zu finden. Man sollte aber verstärkt das Augenmerk auf wissenschaftlichen Nachwuchs auf diesem Gebiet richten, insbesondere zunächst einmal versuchen, das hier vorgeschlagene Modell zu realisieren.

Gelingt es, auf diese Weise - möglicherweise mittelfristig - geeignete Personen zu finden, so kann sich in einem derartigen Gremium jene Entscheidungsqualität auch entfalten, die den rechtsstaatlichen Mehrwert des Urteils ausmacht³⁾.

1) dazu Ossenbühl, DVBL 1978, S. 9

2) so Rittstieg, Konkretisierung, S. 234; Backherms, JUS 1980, S. 13, der vor einer Majorisierung warnt; vgl. auch Roth-Stielow, DÖV 1979, S. 168

3) vgl. auch Ossenbühl, DÖV 1980, S. 552

Im übrigen ist auch an dieser Stelle darauf hinzuweisen, daß nach der hier vorgeschlagenen Lösung die richterliche Entscheidungsqualität in weiten Bereichen zum Tragen kommt, da nur ein Teil der Beurteilung im Rahmen des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens auf ein Sachverständigengremium übertragen wird.

c) Praktische Bedenken

Es bleiben abschließend noch eine Reihe praktischer Bedenken gegen das hier vorgeschlagene Modell zu erörtern.

Teilweise wird in der Literatur im Rahmen rechtspolitischer Überlegungen der Einwand erhoben, ein Sachverständigengremium könne personell nicht so besetzt werden, daß es den hochgestreckten Erwartungen gerecht werde¹⁾.

Dem ist jedoch entgegenzuhalten, daß durch gezielte Nachwuchsförderung und besondere Anreize langfristig ein solcher Personenkreis gefunden werden könnte.

Im übrigen hat unlängst Wagner²⁾ zu Recht darauf hingewiesen, daß es schon jetzt auf vielen Gebieten der Genehmigung umweltrelevanter Großanlagen Sachverständigengremien gibt, die sich durch Sachkunde auszeichnen und den Genehmigungsbehörden zur Seite stehen, ohne allerdings als Entscheidungsträger rechtlich anerkannt zu sein³⁾.

Von daher erscheint der hier vorgeschlagene Weg auch in der Praxis durchaus gangbar zu sein.

Auch die bisweilen vorgebrachten Argumente, das breite Spektrum wissenschaftlich-technischer Spezialfragen könne selbst durch zahlreiche Personen mit Sachverstand nicht vollständig abgedeckt werden⁴⁾ oder ein derartiges Gremium sei für eine Entscheidungsfindung viel zu schwerfällig⁵⁾, können nicht überzeugen.

Beide Gesichtspunkte sind nicht nur für wissenschaftlich-technische Sachverständigengremien spezifisch, sondern spielen bei sämtlichen arbeitsteilig funktionierenden Gremien eine Rolle.

1) so vor allem Backherms, JUS 1980, S. 13 und Breuer, DVBL 1978, S. 36

2) in: ZRP 1982, S. 106

3) vgl. nur die Reaktorsicherheitskommission, die Strahlenschutzkommission, den Kerntechnischen Ausschuß etc.

4) so Bender, DÖV 1980, S. 639 und Lukes, technische Sachverhalte, S. 93

5) so Rittstieg, Konkretisierung, S. 234 und Bender, DÖV 1980, S. 639

Darüber hinaus kann ein ordnungsgemäßer Arbeitsablauf eines immissionsschutzrechtlichen Gremiums durch entsprechende Organisationsmaßnahmen, sachverständige Berater etc. ohne weiteres sichergestellt werden¹⁾.

5. Ergebnis

Im Ergebnis sprechen weder verfassungsrechtliche, verfassungspolitische sowie praktische Bedenken dagegen, Elemente des Sicherheitsstandards von Anlagen im Sinne der 4. BImSchVO durch ein besonders sachkundiges Sachverständigengremium festlegen zu lassen.

Damit ist ein weiterer Weg aufgezeigt worden, die Verwaltungsgerichte von der Prüfung naturwissenschaftlicher Detailfragen zu entlasten und derartige Aufgaben denjenigen zu übertragen, die nach ihrer Sachkunde dafür kompetent erscheinen.

§ 9 Überlegungen zu einer Beschränkung der Kontrolle auf die Einhaltung des Verfahrensrechts

Eine Kontrollrestriktion könnte schließlich dadurch bewirkt werden, daß die Gerichte - nach entsprechender rechtlicher Ausgestaltung - den Schwerpunkt ihrer Prüfung von der Beurteilung technischer und naturwissenschaftlicher Fragen auf eine Verfahrenskontrolle der Verwaltungsbehörden verlagern.

Die Folge wäre eine rechtlich abgesicherte Beschränkung der Kontrolle der Genehmigung nach § 6 BImSchG auf die Einhaltung des Verfahrensrechts, während die naturwissenschaftlichen und technischen Fragen abschließend durch die Genehmigungsbehörde entschieden würden.

Die damit verbundene Kontrollminimierung hätte den Vorteil der Entlastung der Verwaltungsgerichtsbarkeit und der Entscheidungskonzentration bei den nach ihrer Funktion besser als die Gerichte gerüsteten Genehmigungsbehörden.

Deshalb sollte ein derartiger Vorschlag nicht von vornherein verworfen werden²⁾.

Denn angesichts der Überlastung der Verwaltungsgerichtsbarkeit scheint es dringend angebracht, auch mögliches "Neuland" zu betreten, um die derzeit bestehenden Schwierigkeiten zu verringern.

1) wie hier Wagner, ZRP 1982, S. 106

2) ablehnend aber Sellner, BauR 1980, S. 402; Fiedler, ET 1982, S. 584; Ipsen, AöR 107 (1982), S. 290

I. Tendenzen in Rechtsprechung und Literatur

Erste Hinweise darauf, daß in dieser Richtung für die Zukunft möglicherweise Lösungen gefunden werden könnten, finden sich bereits in dem Sondervotum der Richter Simon und Heußner¹⁾ zum Mülheim-Kärlich-Beschluß des Bundesverfassungsgerichts²⁾.

Das Sondervotum enthält einige grundlegende Passagen, die das Bedürfnis einer Kontrollbeschränkung auf die Einhaltung des Verfahrensrechts deutlich erkennen lassen. Dort heißt es:

"Die Notwendigkeit zum Grundrechtsschutz durch Verfahrensgestaltung folgt hier insbesondere aus zwei Besonderheiten, die bereits in der Kalkar-Entscheidung (BVerfGE 49, 89) hervorgehoben worden sind.

In dieser Entscheidung weist der 2. Senat darauf hin (aaO. S. 133 ff.), daß der Gesetzgeber für das materielle Genehmigungsrecht in weitem Umfang unbestimmte Rechtsbegriffe verwende; dies beruhe auf den besonderen Schwierigkeiten des in ständiger Entwicklung befindlichen technischen Sicherheitsrechts und diene zugleich einem zukunftsgerichteten dynamischen Grundrechtsschutz.

Diese Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe sei zulässig; doch würden dadurch die Schwierigkeiten der verbindlichen Konkretisierung und der laufenden Anpassung sicherheitstechnischer Anforderungen an den neuesten Erkenntnisstand mehr oder weniger auf die administrative und judikative Ebene verlagert. Behörden und Gerichte müßten das Regelungsdefizit der normativen Ebene ausgleichen.

Trifft diese Beurteilung zu - und sie entspricht zumindest der geltenden Regelung -, dann kann es nach der bisherigen Rechtsprechung verfassungsrechtlich nicht gleichgültig sein, wie gerade auch das behördliche Genehmigungsverfahren strukturiert ist und wer als Beteiligter auf die Entscheidung Einfluß nehmen kann (vgl. dazu Hansmann in seinem Referat auf dem Wiesbadener Juristentag 1978, Bd. II, S. K38 f.). Für einen effektiven Grundrechtsschutz der potentiell Gefährdeten ist angesichts des Ausmaßes denkbarer Gefahren entscheidend, daß bereits das behördliche Verfahren geeignet ist, im konkreten Fall zur 'richtigen' sicherheitsrelevanten Entscheidung zu führen. Wahrscheinlich läßt sich nur über das Verfahrensrecht verhindern, daß der Bereich zwischen Recht und Technik zum juristischen Niemandsland wird³⁾.

1) Sondervotum in: DVBL 1980, S. 361

2) DVBL 1980, S. 356 f.

3) Sondervotum, DVBL 1980, S. 362

Verdeutlicht bereits diese Passage die besondere Bedeutung des Verfahrensrechts, so wird der Zusammenhang zwischen der Ausgestaltung des Verfahrensrechts und der verwaltungsgerichtlichen Kontrollddichte an anderer Stelle noch deutlicher, wenn es dort heißt:

"Abschließend mag noch bemerkt werden, daß eine faire Anwendung des Verfahrensrechts im vorstehend dargelegten Sinne noch gewichtige zusätzliche Vorteile erbringt. Sie ist Voraussetzung für die unerläßliche Akzeptanz atomrechtlicher Entscheidungen durch die Bevölkerung und ermöglicht es darüber hinaus der Verwaltungsgerichtsbarkeit, den Schwerpunkt ihrer Nachprüfung von der schwierigen Beurteilung technischer und naturwissenschaftlicher Streitfragen mehr auf eine Verhaltens- und Verfahrenskontrolle der eigentlichen Entscheidungsträger zu verlagern und damit auf eine Aufgabe, für die die Gerichte besser gerüstet sind und deren sorgfältige Erfüllung zugleich dem Bürger angemessenen Rechtsschutz gewährleistet"¹⁾.

Der Gedanke der Rechtsschutzgewährung durch Verfahren läßt sich möglicherweise auch für das Immissionsschutzrecht, das Abfallbeseitigungsrecht etc. fruchtbar machen.

Deshalb verwundert es nicht, daß das Sondervotum schon vereinzelt in der Literatur²⁾ im Hinblick auf eine Kontrollrestriktion - allerdings ohne Begründung - Zustimmung gefunden hat.

Davon abgesehen fehlen jedoch bislang in der Literatur und in der übrigen Rechtsprechung Ansätze oder gar Lösungsmöglichkeiten zu der Frage einer Kontrollminimierung unter dem Aspekt der Verfahrenskontrolle. Lediglich Hoppe³⁾ hat bislang auf die aus dem amerikanischen Rechtssystem stammende Rechtsfigur des due process hingewiesen und damit mögliche Wege der Kontrollrestriktion aufgezeigt.

Im übrigen finden sich einige Hinweise in der von Mahlmann⁴⁾ vorgenommenen rechtsvergleichenden Abhandlung über Grundzüge, neue Entwicklungen und ausgewählte Fragen des Genehmigungsverfahrens für Kernenergieanlagen in den Vereinigten Staaten von Amerika.

1) Sondervotum, DVBL 1980, S. 364

2) vgl. Mutschler, RdE 1982, S. 151; Sellner, Dok. zum 6. Deutschen Verwaltungsrichtertag, Natur und Recht 1981, S. 204: "Akzentverschiebung de lege lata"; vgl. auch van Buiren/Ballerstedt/Grimm, aaO. S. 61, die bereits eine Kontrollrestriktion befürworten

3) in: DVBL 1975, S. 695

4) in: Lukes/Vollmer/Mahlmann, US-amerikanisches Genehmigungsverfahren, S. 123 f.

Auch bei Bender¹⁾ haben einige Gedanken über die Beschränkung der Kontrolle auf das Verfahrensrecht ihren Niederschlag gefunden. Abgesehen davon ist bislang dieses Problem - insbesondere von der immisionsschutzrechtlichen Literatur - völlig vernachlässigt worden. Es erscheint deshalb reizvoll, die in dem Sondervotum zum Mülheim-Kärlich-Beschluß geäußerten Gedanken aufzunehmen und fortzuentwickeln.

II. Kontrollrestriktion nach dem Vorbild amerikanischer Verwaltungskontrollen?

Betrachtet man das Sondervotum zum Mülheim-Kärlich-Beschluß etwas genauer, so wird - insbesondere was die Beschränkung der Kontrolle auf die Einhaltung des Verfahrensrechts anbetrifft - deutlich, daß hier unterschwellig Vorstellungen eine Rolle gespielt haben, die im System amerikanischer Verwaltungskontrollen beheimatet sind.

Es erscheint deshalb sinnvoll, einige Gesichtspunkte des amerikanischen Verwaltungsrechts und der Kontrolle des Verwaltungshandelns durch die amerikanischen Gerichte kurz darzustellen und auf ihre Vergleichbarkeit mit deutschem Recht zu überprüfen.

Daraus können dann Rückschlüsse auf Möglichkeiten der Kontrollrestriktion nach dem Vorbild amerikanischer Verwaltungskontrollen gezogen werden.

Um den Rahmen der Arbeit nicht zu sprengen, beschränkt sich die Darstellung auf einige wenige Gesichtspunkte, die eventuell auch für das Immissionsschutzrecht fruchtbar gemacht werden könnten.

1. Grundlagen des amerikanischen Verwaltungsrechts

Für das Verständnis der amerikanischen Verwaltungskontrollen erscheinen drei Problemkreise besonders wichtig zu sein, die es verdienen, hervorgehoben zu werden:

Die besondere Bedeutung der "due process of law"-Klausel, das Verfahren vor den amerikanischen Verwaltungsbehörden und die Struktur amerikanischer Verwaltungsgesetze.

1) in: NJW 1978, S. 1952

a) Die besondere Bedeutung der "due process of law"-Klausel

Ein beherrschender Zug des gesamten amerikanischen Rechts ist die Vorliebe für verfahrensmäßige Lösungen¹⁾. Diese beruht auf der Vorstellung, daß eine Beeinträchtigung von Rechten am besten verhindert wird, wenn dem Betroffenen in einem ordentlichen Verfahren Gelegenheit gegeben wird, seine Belange und Rechte geltend zu machen²⁾.

Die Vorstellung von der herausragenden Bedeutung eines ordnungsgemäßen Verfahrens begründet sich auf die "due process of law"-Klausel der 5. (1781) und 14. (1865) Novelle der US-Verfassung³⁾. Dort heißt es:

"Niemand darf seines Lebens, seiner Freiheit oder seines Eigentums ohne gehöriges Rechtsverfahren (without due process of law) beraubt werden"⁴⁾.

Die Klausel geht ihrem Wortlaut nach auf die Magna Carta zurück⁵⁾, die Vorstellung des "due process of law" ist jedoch schon älter als die Magna Carta⁶⁾. Die "due process of law"-Klausel hat im amerikanischen Verwaltungsrecht eine besondere Bedeutung erlangt und zu einer weitgehenden Angleichung des Verwaltungsverfahrens an das zivilgerichtliche Verfahren geführt⁷⁾.

Ferner sind in diesem Zusammenhang zahlreiche Verfahrensgrundsätze entwickelt und im Laufe der Zeit verfeinert worden⁸⁾.

Die "due process of law"-Klausel spielt sowohl in "administrative law" der Einzelstaaten und im "administrative law" des Bundes eine hervorragende Rolle.

Obwohl das "administrative law" der Einzelstaaten von dem des Bundes zu trennen ist, sind beide dadurch miteinander verbunden, daß sie den Verfahrenserfordernissen der "due process of law"-Klausel genügen müssen⁹⁾.

1) vgl. Rasenack, DÖV 1970, S. 852; Byse/Riegert in: Staatsbürger und Staatsgewalt, S. 405

2) vgl. dazu Mahlmann in: Lukes/Vollmer/Mahlmann, US-amerikanisches Genehmigungsverfahren, S. 90

3) siehe auch Parker, Das öffentliche Recht, S. 65; Schlephorst, Amerikanisches Verwaltungsrecht, S. 67 f.

4) vgl. Ehmke, Wirtschaft und Verfassung, S. 269; Parker, Das öffentliche Recht, S. 65

5) vgl. Parker, Das öffentliche Recht, S. 66

6) so auch Ehmke, Wirtschaft und Verfassung, S. 269 m.w.N.

7) vgl. dazu Mahlmann in: Lukes/Vollmer/Mahlmann, US-amerikanisches Genehmigungsverfahren, S. 91; Byse/Riegert in: Staatsbürger und Staatsgewalt, S. 406

8) so auch Breuckmann, Grundzüge, S. 62 f.

9) vgl. dazu Riegert, Administrative Law, S. 31

Sämtliche auf diesen Gebieten ergehenden Verwaltungsentscheidungen haben das Prinzip gemein, das ihnen, wenn es sich um einen Eingriff in wohlerworbene Rechte handelt, i.d.R. ein gehöriges Rechtsverfahren (due process of law) vorausgehen muß¹⁾.

Damit findet bereits auf der Verwaltungsebene ein gerichtsähnliches Verfahren statt, das den Betroffenen weitgehende Rechte sichert²⁾. Insbesondere die in zahlreichen Bereichen staatlicher Tätigkeit zu findenden hearings können im wesentlichen auf die Vorstellung vom "due process of law" zurückgeführt werden³⁾.

b) Das Verfahren vor den amerikanischen Verwaltungsbehörden

Für das Verständnis des amerikanischen Verwaltungsrechts ist es ferner von Bedeutung, daß die Ausbildung eines modernen Verwaltungssystems zeitlich mit der Errichtung der sogenannten Regulierungskommissionen zusammenfiel.

Diese wurde Ende des 19. Jahrhunderts vom Staat gebildet, um Machtmißbrauch in der Energieversorgung, im Wettbewerb, im Verkehrswesen etc. zu kontrollieren⁴⁾.

In rechtlicher Hinsicht ging es dabei im wesentlichen um Aufgaben, die bis zu diesem Zeitpunkt von den ordentlichen Gerichten wahrgenommen wurden aber nicht mehr befriedigend gelöst werden konnten⁵⁾.

Angesichts dieses traditionell richterlichen Charakters der Aufgaben waren die Kommissionen (agencies)⁶⁾ nur zu realisieren, wenn sie von Anfang an unter Berücksichtigung der due process of law-Klausel gerichtsähnlich konzipiert wurden und die Kontrolle ihrer Entscheidungen durch die ordentlichen Gerichte im Grundsatz gewährleistet blieb⁷⁾.

1) vgl. auch Parker, Das Öffentliche Recht, S. 99

2) so auch Breuckmann, Grundzüge, S. 43 f.

3) vgl. dazu Mahlmann in: Lukes/Vollmer/Mahlmann, US-amerikanisches Genehmigungsverfahren, S. 91 m.w.N.

4) siehe Breuckmann, Grundzüge, S. 6 f.; Schlephorst, Amerikanisches Verwaltungsrecht, S. 62; zur Entwicklung dieser Sonderbehörden vgl. auch Arendt, DöV 1958, S. 69; Schwenk, DVBL 1958, S. 334

5) vgl. auch Riegert, Administrative Law, S. 35

6) vgl. zu den "agencies" auch Adam, DVBL 1959, S. 641; Arendt, DöV 1958, S. 69

7) vgl. auch Scharpf, Kosten des Rechtsstaats, S. 17 m.w.N.; Morstein Marx, Amerikanische Verwaltung, S. 903

Der Zweck der Regulierungskommissionen wäre jedoch vereitelt worden, wenn die Gerichte die Kommissionsentscheidungen im vollen Umfang überprüft und damit die Entwicklung in der Hand behalten hätten. Deshalb gewannen die Kommissionen Anerkennung als annähernd der Justiz gleichwertige, quasi-richterliche Instanz mit einem Verfahren, das den Gerichten angepaßt war¹⁾.

Die Besonderheit der amerikanischen Entwicklung liegt nun darin, daß dieses speziell auf die Regierungskommissionen zugeschnittene Verwaltungsverfahren zum Normalverfahren der amerikanischen Verwaltung wurde²⁾.

Exemplarisch dafür ist das Bundesverwaltungsverfahrensgesetz, das durch den Federal Administrative Procedure Act (FAPA) von 1946 geregelt und durch Gesetz vom 6. September 1966 novelliert und in verschiedene Abschnitte des U.S. Code eingefügt worden ist³⁾.

Durch das Bundesverwaltungsverfahrensgesetz wurde ein auf der Verwaltungsebene vorgesehenes "Hearing" zu einem dem gerichtlichen Prozeß ähnlichen förmlichen Verfahren ausgebaut und für alle "agencies" verbindlich eingeführt⁴⁾.

Richtpunkte des Verfahrens sind die Maximen notice, hearing und decision on the road, die den Betroffenen ein Maximum an Informations- und Mitwirkungschancen einräumen sollen⁵⁾.

Die Regelung in dem FAPA ist insofern von Bedeutung, als es heute zahlreiche "agencies" gibt, die auf Bundesebene als unabhängige Verwaltungsbehörden staatliche Aufgaben wahrnehmen⁶⁾.

Musterbeispiel auf dem Gebiet des Umweltrechts ist die Amerikanische Atomenergie Kommission (AEC)⁷⁾. Da die Vorschriften des FAPA allgemein für

1) vgl. dazu Scharpf, Kosten des Rechtsstaats, S. 17; die Anpassung ist allerdings nicht vollständig, vgl. Arendt, DÖV 1958, S. 69

2) siehe Scharpf, Kosten des Rechtsstaats, S. 17

3) vgl. dazu Byse/Riegert in: Staatsbürger und Staatsgewalt, S. 411 f.

4) vgl. Arendt, DÖV 1958, S. 70; Scharpf, Kosten des Rechtsstaats, S. 17

5) zum Verfahren auch Breuckmann, Grundzüge, S. 43 f.; Schlephorst, Amerikanisches Verwaltungsrecht, S. 98; vgl. ferner § 5 FAPA, abgedruckt bei Ule, Verwaltungsverfahrensgesetz, S. 930 f.

6) vgl. zu den "agencies" Arendt, DÖV 1958, S. 70; Scharpf, Kosten des Rechtsstaats, S. 17; Riegert, Administrative Law, S. 34 f.

7) vgl. auch Eisner, DVBL 1978, S. 843

alle Tätigkeiten der AEC gelten¹⁾, finden auch die obigen Grundsätze des Verfahrens bei Entscheidungen der AEC Anwendung.

Die Befugnisse der AEC sind inzwischen durch den Energie Reorganisation Act von 1974 auf die Nuclear Regulatory Commission (NRC) übertragen worden²⁾.

c) Die finale Struktur amerikanischer Verwaltungsgesetze

Für das Verständnis des amerikanischen Verwaltungsrechts ist schließlich die Erkenntnis bedeutsam, daß der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung der Normen weitgehende Zurückhaltung übt³⁾.

Die Mehrzahl der wichtigen Verwaltungsgesetze statuieren nicht Konditionalprogramme im Sinne der Luhmann'schen Terminologie⁴⁾, sondern Zweckprogramme. Sie delegieren damit die Regelung akuter Probleme an eine bestimmte Behörde und verwenden dabei Maßstäbe, die der weiteren Konkretisierung noch bedürfen⁵⁾. Darin liegt ein grundlegender Unterschied zum deutschen Verwaltungsrecht, das vorwiegend durch Konditionalprogramme geprägt ist und Zweckprogramme nur in Ausnahmefällen enthält. Es liegt auf der Hand, daß in einem derartigen System der Rechtsfindung ein geordnetes Verfahren eine zentrale Stellung einnehmen muß, um den Betroffenen über sämtliche relevanten Umstände zu informieren und ihm die Gelegenheit zu geben, Gegenargumente vorzutragen.

Die Ausführungen haben verdeutlicht, daß im amerikanischen Rechtssystem besonderer Wert auf die Gestaltung des Verfahrensrechts gelegt wird. Diese Vorliebe für verfahrensmäßige Lösungen ist dem kontinental-europäischen Denken bislang wesensfremd gewesen, was beispielsweise durch die Regelungen der §§ 46 VwVfG, 44a VwGO deutlich belegt wird⁶⁾.

1) so Mahlmann in: Lukes/Vollmer/Mahlmann, US-amerikanisches Genehmigungsverfahren, S. 91

2) siehe dazu Dauses, Das Recht der Atomwirtschaft in den Vereinigten Staaten, S. 29 f.; Eisner, DVBL 1978, S. 843 Fn 7

3) vgl. dazu Scharpf, Kosten des Rechtsstaats, S. 20

4) vgl. grundlegend Luhmann, VerwArch 55 (1964), S. 1 f., 7, 8, 9

5) so Scharpf, Kosten des Rechtsstaats, S. 21

6) siehe auch Papier, Bitburger Gespräche 1981, S. 92/93

2. Der Umfang der gerichtlichen Kontrolle verwaltungsbehördlicher Entscheidungen im amerikanischen Recht

Im Gegensatz zum deutschen Verwaltungsrecht unterliegt die Überprüfung der Entscheidungen amerikanischer Verwaltungsbehörden nicht besonderen Verwaltungsgerichten, sondern den ordentlichen Gerichten¹⁾.

a) Die Bindung der Gerichte an die tatsächlichen Feststellungen der Verwaltungsbehörde

So wie im deutschen Recht der Umfang der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle von der Ausgestaltung der Normen abhängig ist, besteht im System amerikanischer Verwaltungskontrollen eine Komplementarität zwischen Verwaltungsverfahren und gerichtlichem Rechtsschutz.

Entsprechend der amerikanischen Vorliebe für verfahrensmäßige Lösungen zeigt sie sich vor allem darin, daß der Schwerpunkt der richterlichen Kontrolle nicht bei der inhaltlichen Überprüfung von Verwaltungsentscheidungen, sondern vielmehr bei der Überwachung des Verwaltungsverfahrens und bei der Weiterbildung und Verfeinerung seiner Regeln liegt²⁾.

Demgegenüber sind die Tatsachenfeststellungen der Behörde grundsätzlich einer gerichtlichen Kontrolle entzogen³⁾. So hat beispielsweise die AEC (heute NCR) im atomrechtlichen Verfahren abschließend den relevanten Sachverhalt festzustellen und das angerufene Gericht nur noch zu beurteilen, ob auf diesen Sachverhalt das ungeschriebene und geschriebene Recht richtig angewandt worden ist⁴⁾.

Diese Überlegung gilt allerdings nicht nur im Atomrecht, sondern im Umweltschutzrecht allgemein⁵⁾.

Soweit die Beschränkung der Überprüfung auf Rechtsfragen gesetzlich nicht geregelt ist, gilt als allgemeiner Grundsatz, daß die Prüfung

1) vgl. auch Schwenk, DVBL 1958, S. 336; Riegert, Administrative Law, S. 119

2) so auch Scharpf, Kosten des Rechtsstaats, S. 25; Breuckmann, Grundzüge, S. 76 f.; Kausch, Grundzüge, S. 104

3) dazu Riegert, Administrative Law, S. 130; Arendt, DöV 1958, S. 71; Schäfer, Inhalt und Grenzen, S. 122, 123; vgl. zu den Parallelen im französischen Verwaltungsprozeß Woehrling, NVwZ 1985, S. 25; ferner Bullinger, FS für Jahrreiß, S. 19 f.

4) vgl. Wolfgang Vogel, Die AEC, S. 195, 196 m.w.N.

5) vgl. Kausch, Grundzüge, S. 104, 105

von Tatsachenfragen der gerichtlichen Kontrolle entzogen ist¹⁾.

Eine Ausnahme gilt dann, wenn der verwaltungsbehördlichen Entscheidung keine angemessene Beweiserhebung zugrundeliegt. Für diesen Fall werden die behördlichen Feststellungen nach Maßgabe der sogenannten "substantial evidence rule" nachgeprüft²⁾.

Dabei wird unter der Formel des "substantial evidence" eine Beweiserhebung verstanden, die bei vernünftiger Wertung geeignet ist, ein bestimmtes Ergebnis zu rechtfertigen³⁾.

Die Beschränkung der Tatsachenüberprüfung auf die "substantial evidence rule" in verwaltungsrechtlichen Fragen wird von den Gerichten damit begründet, daß die Gerichte ihr eigenes Urteil nicht an die Stelle einer Verwaltungsentscheidung setzen können, welche die Behörde auf Grund ihrer Erfahrung und ihres besonderen Sachverständes getroffen hat, die die Gerichte nicht besitzen⁴⁾.

Der "substantial evidence rule" liegt damit einerseits die im Rahmen der Lehre vom Beurteilungsspielraum dargestellte Erwägung zugrunde, daß es sinnwidrig ist, eine Verwaltungsentscheidung durch ein richterliches Urteil zu ersetzen, wenn letzteres kein Mehr an Rechtsrichtigkeit gewährleisten kann⁵⁾.

Andererseits spielt bei der Kontrolle nach Maßgabe der "substantial evidence rule" auch die funktionell-rechtliche Frage eine Rolle, welche Instanz innerhalb eines komplexen Entscheidungszusammenhangs am besten für bestimmte Entscheidungen gerüstet ist und damit die primäre Verantwortung tragen soll⁶⁾.

Auch diese Überlegung ist in der deutschen Rechtslehre nicht unbekannt und klingt bei Ossenbühl⁷⁾ unter Hinweisen auf die funktionsgerechte Organstruktur an.

1) siehe auch Byse/Riegert in: Staatsbürger und Staatsgewalt, S. 428: "Regel der Bundesgerichte"; Schwenk, DVBL 1958, S. 336 m.w.N.; Schäfer, Inhalt und Grenzen, S. 123

2) vgl. Schlephorst, Amerikanisches Verwaltungsrecht, S. 120; Schäfer, Inhalt und Grenzen, S. 123; Byse/Riegert, aaO. S. 428, 429

3) vgl. Wolfgang Vogel, Die AEC, S. 196; Schäfer, Inhalt und Grenzen, S. 123 m.w.N.

4) vgl. Schäfer, Inhalt und Grenzen, S. 124 m.w.N.; Schwenk, DVBL 1958, S. 336; Schlephorst, Amerikanisches Verwaltungsrecht, S. 133

5) so Schäfer, Inhalt und Grenzen, S. 124, 125; Schlephorst, Amerikanisches Verwaltungsrecht, S. 132

6) vgl. dazu Scharpf, Kosten des Rechtsstaats, S. 32

7) siehe nur Ossenbühl, DÖV 1980, S. 549

Die Folge der Kontrolle nach Maßgabe der "substantial evidence rule" ist eine weitgehende Entlastung der amerikanischen Gerichte von Problemen, die durch die sachverständigen Behörden besser gelöst werden können.

Gerade im Umweltschutzrecht ist es deshalb von zentraler Bedeutung, daß sich die amerikanischen Gerichte durch Anerkennung breiter Ermessens- und Beurteilungsspielräume der Verwaltung eine Beschränkung der Nachprüfung auferlegt haben¹⁾.

Derartige Formen der Kontrollrestriktion sind gerade durch die intensive rechtsstaatliche Ausgestaltung des Verwaltungsverfahrens möglich, die es erlaubt, die Verwaltung als potentiell besser qualifizierten Partner bei der Rechtsanwendung anzuerkennen²⁾.

Der Zusammenhang zwischen Verfahren und materieller Kontrolle wird vor allem dadurch deutlich, daß die Gerichte ihre Verfahrenskontrolle intensivieren, wenn der Inhalt einer Entscheidung ihrer Überprüfung entzogen ist³⁾.

b) Die Behandlung sogenannter "unbestimmter Gesetzesbegriffe" durch die Gerichte

Entsprechend den obigen Ausführungen ist bei der gerichtlichen Kontrolle verwaltungsbehördlicher Entscheidungen immer zwischen Tat- und Rechtsfragen zu unterscheiden.

Diese Unterscheidung erweist sich als schwierig und wird dadurch noch komplizierter, daß es sogenannte "mixed questions of fact and law" (gemischte Tat- und Rechtsfragen) gibt⁴⁾.

Unter diesen Begriff fallen vorwiegend die sogenannten unbestimmten Gesetzesbegriffe, bei denen sowohl rechtliche als auch tatsächliche Fragen eine Rolle spielen und die genaue Unterscheidung zwischen Schlußfolgerungen tatsächlicher Art und Werturteilen unter Anwendung rechtlicher Beurteilungsmaßstäbe auf Schwierigkeiten stößt⁵⁾.

1) vgl. den Bericht von Lummert, DVBL 1980, S. 912

2) siehe dazu Scharpf, Kosten des Rechtsstaats, S. 32 m.w.N.; Schlephorst, Amerikanisches Verwaltungsrecht, S. 141

3) vgl. Scharpf, aaO. S. 34 Fn 75 m.w.N.

4) vgl. dazu auch Schwenk, DVBL 1958, S. 336; Schäfer, Inhalt und Grenzen, S. 126

5) so Schäfer, Inhalt und Grenzen, S. 126 m.w.N.

Diese Schwierigkeiten werden allerdings dadurch vermieden, daß die Gerichte häufig auch die rechtliche Qualifizierung als eine verbindliche Tatsachenfeststellung der Behörde anerkennen¹⁾.

Im Übrigen wird bei der Überprüfung der "mixed questions of law and fact" im Prinzip eine ähnliche Linie verfolgt wie bei der Überprüfung tatsächlicher Feststellungen.

So schließen die unbestimmten Gesetzesbegriffe nach Ansicht amerikanischer Gerichte einen Ermessensbereich für die Exekutivorgane bei ihrer Anwendung ein, innerhalb dessen die Verwaltung eigenschöpferisch tätig werden kann²⁾.

Ein solches Beurteilungsermessen wird mit denselben Erwägungen begründet, die für die Begründung einer Bindungswirkung der Gerichte an die tatsächlichen Feststellungen der Behörde maßgeblich sind: Sachverstand und Erfahrung, die die Gerichte im Unterschied zu der Verwaltungsbehörde nicht besitzen, so daß die gerichtliche Entscheidung kein Mehr an Rechtsrichtigkeit gewährleistet³⁾.

Die Koppelung zwischen Ermessen und unbestimmtem Gesetzesbegriff (Beurteilungsermessen) erklärt sich in diesem Zusammenhang dadurch, daß das amerikanische Recht eine Unterscheidung zwischen den beiden Begriffen nicht kennt⁴⁾.

Im Ergebnis liegt daher auch die Interpretation und Anwendung unbestimmter Gesetzesbegriffe primär bei der Verwaltung, während sich die Justiz auf eine Vertretbarkeitskontrolle beschränkt⁵⁾. Das verdeutlicht, daß sich die Anwendung der "substantial evidence rule" bei Tatsachenfragen und die Anerkennung von Spielräumen bei unbestimmten Gesetzbegriffen nicht deutlich voneinander trennen läßt. Hier wie dort hängt der Umfang der Kontrolle letztlich davon ab, ob das Gericht die Justiz oder die Behörde als besser für die Entscheidung qualifiziert ansieht⁶⁾.

1) siehe auch Scharpf, Kosten des Rechtsstaats, S. 27

2) vgl. Wolfgang Vogel, Die AEC, S. 197; Schäfer, Inhalt und Grenzen, S. 130

3) vgl. Schäfer, Inhalt und Grenzen, S. 132; Morstein Marx, Amerikanische Verwaltung, S. 128

4) siehe dazu Mahlmann in: Lukes/Vollmer/Mahlmann, US-amerikanisches Genehmigungsverfahren, S. 123, 124; Scharpf, Kosten des Rechtsstaats, S. 28, 29

5) siehe Scharpf, aaO. S. 29; Schäfer, aaO. S. 130; Breuckmann, Grundzüge, S. 82, 83

6) vgl. Byse/Riegert in: Staatsbürger und Staatsgewalt, S. 430, 431; Schäfer, Inhalt und Grenzen, S. 133

3. Übertragbarkeit des Modells amerikanischer Verwaltungskontrollen auf die Kontrolle der Genehmigung nach § 6 BImSchG

Im Gegensatz zum amerikanischen Rechtssystem ist der Kern des deutschen Verwaltungsrechts das materielle Recht und die Gerichte kontrollieren in erster Linie die sachliche Richtigkeit der angefochtenen Entscheidung.

Nach kontinental-europäischer Vorstellung sind deshalb die Gerichte grundsätzlich verpflichtet, die Verwaltungsentscheidung vollständig, d.h. sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher Hinsicht zu überprüfen. Das entspricht jedenfalls der einhelligen, insbesondere durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts¹⁾ geprägten Auffassung²⁾. Da nach deutschem Recht die Gerichte nicht an die von der Verwaltungsbehörde getroffenen tatsächlichen Feststellungen gebunden sind³⁾ und die Zubilligung von Entscheidungsprärogativen nur ausnahmsweise anerkannt ist, sind die hiesigen Verwaltungsgerichte vor wesentlich komplexere Probleme gestellt, als die amerikanische Gerichtsbarkeit.

Diese Erkenntnis dürfte dafür ausschlaggebend gewesen sein, warum sich das Sondervotum zum Mülheim-Kärlich-Beschluß für eine Kontrollrestriktion auf die Einhaltung des Verfahrensrechts ausgesprochen hat.

Bei dieser Überlegung sind die Parallelen zum System amerikanischer Verwaltungskontrollen nicht zu übersehen, so daß sich die Frage stellt, ob die amerikanische Vorliebe für verfahrensmäßige Lösungen auch für das deutsche Recht, insbesondere das Immissionsschutzrecht fruchtbar gemacht werden kann.

Dafür spricht der unbestrittene Vorteil des amerikanischen Modells, daß letztlich eine fachlich prädestinierte Instanz über oftmals schwierige tatsächliche Fragen abschließend entscheidet, eine Leistung, die von den Gerichten häufig nur unzureichend oder mit großer Mühe erbracht werden kann.

Andererseits stellt sich jedoch die Frage, ob die amerikanische Lösung mit dem hiesigen Gewaltenteilungsverständnis zu vereinbaren ist⁴⁾.

Dennoch weist das amerikanische Modell, das in den Grundzügen auch den

1) vgl. BVerfGE 15, 282; 18, 212, 215; 21, 194, 195

2) vgl. Dürig in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Art. 19 IV GG, Rn 47; Bender, NJW 1978, S. 1952; Gehrman, SchlLHA 1979, S. 9

3) vgl. BVerfGE 15, 282

4) vgl. Rasenack, DÖV 1970, S. 852

Richtern Simon und Heußner vorgeschwebt hat, darauf hin, daß ein klares, transparent gestaltetes Verwaltungsverfahren mit genauen Verfahrensregeln die gerichtliche Überprüfung erheblich vereinfachen und die Prozeßdauer verkürzen könnte¹⁾.

Es sollte deshalb de lege ferenda überlegt werden, ob eine Übernahme des anglo-amerikanischen Rechtsdenkens nicht dazu geeignet ist, die Überlastung der Verwaltungsgerichtsbarkeit abzubauen. Ich halte einen derartigen Weg auf lange Sicht im Immissionsschutzrecht jedenfalls dann für sinnvoll, wenn durch eine grundlegende Reform des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens sichergestellt ist, daß den Betroffenen ein Maximum an Informations- und Mitwirkungschancen eingeräumt wird²⁾. Ein solches Verfahren könnte dann die Funktion einer antizipierten Rechtsschutzgewährung übernehmen und eine vollinhaltliche Kontrolle überflüssig machen³⁾. Erforderlich wäre zunächst eine Verfassungsänderung in dem Sinne, daß Art. 19 Abs. 4 GG in Bezug auf die Bindung der Gerichte an tatsächliche Feststellungen der Genehmigungsbehörde eine entsprechende Klarstellung enthält.

Abschließend sollte auf der Verwaltungsebene ein gerichtsähnliches Verfahren eingeführt werden, das entsprechend dem amerikanischen Vorbild in ein Anhörungsverfahren, Beweisverfahren und eine Entscheidung mit entsprechenden Anfechtungsmöglichkeiten auf der Verwaltungsebene, untergliedert ist. Vorab sollten allerdings die Vor- und Nachteile der hier vorgeschlagenen Lösung von der Literatur aufgegriffen und sowohl in rechtlicher als auch in rechtspolitischer Hinsicht diskutiert werden.

1) so auch Gehrmann, SchLHA 1979, S. 9

2) so für das Atomrecht van Buiren/Ballerstedt/Grimm, Richterliches Handeln und technisches Risiko, S. 58 f.; allgemein auch Seidler, Rechtsschutz, S. 84, 85

3) so Mutschler, RdE 1982, S. 151

Zweiter Hauptteil:

Kontrolle nach Maßgabe der Verwaltungsgerichtsordnung

Erster Abschnitt:

Möglichkeiten der Kontrollrestriktion auf der Grundlage der geltenden Bestimmungen der VwGO

Neben der bereits behandelten Kontrollrestriktion auf der Grundlage des materiellen Immissionsschutzrechts kommen Verbesserungsmöglichkeiten im Bereich der Verwaltungsgerichtsordnung de lege lata und de lege ferenda in Betracht.

§ 10 Die Regelungen der VwGO als Mitursache für die überlange Verfahrensdauer und die Belastung der Verwaltungsgerichtsbarkeit

Als Mitursache für die überlange Verfahrensdauer und die Überlastung der Verwaltungsgerichtsbarkeit auf dem Gebiet der Kontrolle umweltrelevanter Großvorhaben können - neben dem vorhandenen Regelungsdefizit im Bereich des materiellen Umweltschutzrechts - die rechtlichen Ausgestaltungen der Verwaltungsgerichtsordnung angesehen werden.

I. Die derzeitige Belastung der Verwaltungsgerichtsbarkeit bei der Kontrolle technischer Großprojekte

Die heutige Verwaltungsgerichtsbarkeit ist tiefgreifenden Veränderungen unterworfen. Diese sind im wesentlichen auf die Rechtskontrolle technischer Großprojekte zurückzuführen¹⁾.

Zwar sind die Klagen über die Überlastung der Verwaltungsgerichte schon so alt wie deren Errichtung. Denn bereits 1958 konnte der damalige Präsident des Verfassungsgerichtshofs und des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen van Husen statistisch eine "gefährlich lange Dauer des Verfahrens als Folge der zahlenmäßigen Überlastung der Gerichte" nachweisen²⁾.

Dennoch ist die damalige Situation mit der heutigen nicht vergleichbar, da technische Großprojekte mittlerweile eine erheblich größere Rolle spielen als vor 20 Jahren.

1) vgl. nur Sailer, BayVBL 1980, S. 273; Hofmann, UPR 1984, S. 73; Kuhnt, Bitburger Gespräche 1981, S. 104

2) vgl. van Husen, DVBL 1958, S. 671 f.

Derartige Projekte weisen meist eine Vielzahl von Betroffenen auf und bedingen damit eine Vielzahl von Klägern. Denn die Bürger haben in den letzten Jahren zunehmend die Verwaltungsgerichtsbarkeit "entdeckt"¹⁾. Demzufolge sind die Verwaltungsgerichte in jüngster Zeit einer bisher nicht dagewesenen Flut von Klagen und sonstigen Rechtsbehelfen ausgesetzt²⁾.

Die Zahl der Eingänge bei den Verwaltungsgerichten stieg von 1970 bis 1975 im Durchschnitt um ca. 86 %, von 1975 bis 1976 nochmals um ca. 20 %³⁾. So hatten beispielsweise die hessischen Verwaltungsgerichte 1970 4484, 1975 9759, 1976 12450 und 1982 23777 Eingänge zu verzeichnen⁴⁾.

Derartige Befunde sind kaum überraschend, wenn man sich vergegenwärtigt, daß z.B. im Fall des Kraftwerks Brokdorf 250 Klagen eingingen, während es im Fall der Flughäfen Hamburg-Kaltenkirchen und München II 1313 sowie 5724 waren⁵⁾.

Zwar sind aus dem Bereich des Immissionsschutzrechts keine derart drastischen Zahlen bekannt, die Sachlage ist dort aber zumindest ähnlich.

Mit dieser quantitativen Überlastung korrespondiert die bereits eingangs erwähnte Verfahrensdauer von durchschnittlich wenigstens 5 Jahren⁶⁾.

Es liegt auf der Hand, daß die geschilderte Situation zu kaum vertretbaren Belastungen der Verwaltungsgerichtsbarkeit führt und dringend verbesserungsbedürftig ist⁷⁾.

Hinzu kommt die bedeutsame Frage, ob angesichts der überlangen Verfahrensdauer effektiver Rechtsschutz überhaupt noch möglich ist⁸⁾.

1) vgl. Joachim Martens, ZRP 1977, S. 209

2) vgl. Papier, Die Stellung, S. 9

3) siehe dazu Meyer-Ladewig, DVBL 1979, S. 539; Ule, DVBL 1978, S. 561; Redeker, RuP 1981, S. 52; vgl. für Bayern Sailer, BayVBL 1980, S. 273; siehe auch die Presseerklärung des DRB in: DRIZ Information 6/1981 I, 46

4) siehe Der Hessische Minister der Justiz, Stellungnahme, S. 5; ferner Schwindt, DRIZ 1981, S. 196

5) vgl. die Nachweise bei Sailer, BayVBL 1980, S. 273; Johann Schmidt, DVBL 1982, S. 148; vgl. zu den Massenproblemen auch Henle, BayVBL 1981, S. 1 f.

6) siehe Einleitung; vgl. ferner Hill, JZ 1981, S. 806; Papier, Die Stellung, S. 9; Kuhnt, Bitburger Gespräche 1981, S. 106

7) Breuer, NJW 1978, S. 1561 befürchtet einen "Kollaps"

8) vgl. nur Kloepfer, JZ 1979, S. 209; Degenhart, DVBL 1982, S. 884; Schmitt Glaeser, DRIZ 1980, S. 289; Lorenz, AöR 105 (1980), S. 623 f.; Sendler, DVBL 1982, S. 923: "Fundamentalproblem"

Effektivität ist in diesem Zusammenhang so zu verstehen, daß der Einzelne einen Anspruch darauf hat, daß die Gerichte in angemessener Zeit über sein Rechtsschutzbegehren entscheiden¹⁾.

Da die immissionsschutzrechtliche Genehmigung eine Bündelung zahlreicher Interessen darstellt²⁾, zu denen auch diejenigen investitionswilligen Anlagenbetreiber gehören³⁾, hat neben den von einer immissionssträchtigen Anlage Betroffenen auch das Unternehmen als Träger eines Großprojekts einen Anspruch auf effektiven Rechtsschutz im oben beschriebenen Sinn.

Von daher muß bezweifelt werden, ob die aus der Überlastung resultierende überlange Verfahrensdauer den Interessen investitionswilliger Anlagenbetreiber gerecht wird.

Andererseits muß unter dem Gesichtspunkt der Effektivität kritisch gefragt werden, ob der Bau und die Inbetriebnahme einer industriellen Großanlage auf Grund einer für sofort vollziehbar erklärten Genehmigung mit der Folge der Schaffung vollendeter Tatsachen die Anliegen der betroffenen Kläger ausreichend berücksichtigt. Zwar endeten in den letzten Jahren zahlreiche Verfahren, in denen zunächst die Genehmigung aus Gründen des öffentlichen Interesses für sofort vollziehbar erklärt wurde, mit einem gerichtlich verfügten "Baustopp".

Allerdings gibt es auch andere Fälle, bei denen zu berücksichtigen ist, daß ein lange Jahre später einsetzender Hauptverfahrensschutz vollendete Tatsachen oftmals nicht oder nur unter großen Schwierigkeiten rückgängig machen kann.

II. Einzelaspekte aus dem Bereich der VwGO als Ursache für die Verfahrensdauer und die Belastung

Untersucht man die Ursachen für die Belastung der Verwaltungsgerichtsbarkeit und die überlange Verfahrensdauer, so sind diese teilweise⁴⁾ darauf zurückzuführen, daß die VwGO einerseits einen dreinstanzlichen

1) vgl. Ule, DVBL 1982, S. 822; Schenke in: Bonner Kommentar (Zweitbearbeitung), Art. 19 IV GG, Rn 422 f.; Schmidt-Bleibtreu/Klein, Art. 19 GG, Rn 16; allgemein zur Effizienz auch Leisner, RuS Heft 402/403, S. 6 f.

2) in diesem Sinne Lerche, Kernkraft, S. 27

3) so vor allem Kuhnt, Bitburger Gespräche 1981, S. 111

4) nicht behandelt wird hier die Belastung als Folge der Gesetzesflut, vgl. Leisner, DVBL 1981, S. 852

Gerichtszug festlegt und damit die Verfahrensdauer fördert¹⁾, andererseits den Klägern die Möglichkeit eröffnet, ihre Einwendungen zu schleppend vorzubringen und die Entscheidungsreife durch nachträglichen rechtserhebliches Vorbringen hinauszuzögern²⁾.

Es kommt hinzu, daß die VWGO kein geeignetes Instrumentarium zur Bewältigung von Massenverfahren bereithält³⁾ und teilweise kodifizierte Möglichkeiten der Verfahrensbeschleunigung nicht von den Verwaltungsrichtern genutzt werden⁴⁾.

Schließlich leistet auch die Interpretation der Klagebefugnis ihren Beitrag zur Frage der Verfahrensdauer⁵⁾.

Diese Umstände führen zu der Überlegung, daß eine Neuorientierung auf der Grundlage des geltenden Rechts angebracht erscheint. Es ist daher der Frage nachzugehen, ob rechtsstaatlich vertretbare Wege bestehen, durch die die Verfahrensdauer bei umweltrelevanten Großvorhaben nach dem BImSchG verkürzt und die derzeitige Belastung der Gerichte vermindert werden kann.

§ 11 Ansätze zur Kontrollrestriktion bei der Überprüfung der Genehmigung nach § 6 BImSchG

In der neueren Literatur werden einige Vorschläge gemacht, die eine Kontrolle umweltrelevanter Großvorhaben innerhalb vertretbarer Zeiträume ermöglichen sollen.

Gemeinsames Kennzeichen dieser auch für das Immissionsschutzrecht bedeutsamen Lösungsansätze ist das Bestreben, wegen der durch die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts verankerten vollinhaltlichen Überprüfung unbestimmter Gesetzesbegriffe auf anderen Wegen zu einer Verfahrenskonzentration zu gelangen,

1) so Ule, DVBL 1982, S. 827

2) vgl. Kuhnt, Bitburger Gespräche 1981, S. 112

3) vgl. Sailer, BayVBL 1980, S. 273; Johann Schmidt, DVBL 1982, S. 148

4) vgl. Sendler, DVBL 1982, S. 924

5) vgl. Sailer, BayVBL 1980, S. 274

I. Kontrollrestriktion im Wege des "judicial self-restraint"?

Zu den häufig gemachten Vorschlägen einer Kontrollrestriktion zählt die richterliche Selbstbeschränkung im technischen Sicherheitsrecht. Die unter diesem Gesichtspunkt vertretenen Auffassungen werden durch die Stichworte "judicial self-restraint"¹⁾, "innere Grenzen der Rechtskontrolle"²⁾ und "immanente Grenzen"³⁾ näher umrissen.

1. Überblick über die wesentlichen Argumente

Die Autoren, die eine richterliche Selbstbeschränkung für erforderlich halten, begründen ihre Auffassungen unterschiedlich. Sendler⁴⁾ charakterisiert zunächst die Verfahrensdauer als das "wohl dringendste verwaltungsrechtliche Problem unserer Zeit", das immer wieder ein Nachdenken über Beschleunigungsmöglichkeiten verlange. Mit dem Problem der Verfahrensdauer eng verknüpft sei die ungelöste Problematik der richterlichen Kontrolldichte⁵⁾. Je umfassender die Kontrollfunktion gegenüber der Verwaltung von den Gerichten in Anspruch genommen werde, um so größer seien auch der Zeitaufwand und die Verfahrensverzögerung, um jener Funktion gerecht zu werden. Der Richter müsse sich deshalb insbesondere davor hüten, der Faszination der Technik zu erliegen und durch judicial self-restraint für die Allgemeinheit schädliche Folgen vermeiden⁶⁾.

Ähnlich sind die Überlegungen von Kissel⁷⁾, der davor warnt, daß ein Zuviel an gerichtlicher Kontrolle zu einer Aushöhlung der originären Staatsgewalt Exekutive führe. Deshalb seien die Gerichte verpflichtet,

1) vgl. Sendler, DVBL 1982, S. 932; Johann Schmidt, BayVBL 1980, S. 740; vgl. allg. auch Achterberg, Allg. VerwR, Rn 41; die Terminologie ist dem Bereich des Verfassungsrechts entlehnt, die damit verbundenen Gesichtspunkte sind aber auch im Verwaltungsrecht bedeutsam, vgl. auch Kriele, NJW 1976, S. 772 f.; Achterberg, DÖV 1977, S. 649 f.

2) vgl. dazu Kopp, WUV 1983, S. 20; ders. in: BayVBL 1980, S. 265 f.

3) siehe Ipsen, AöR 107 (1982), S. 292

4) vgl. Sendler, DVBL 1982, S. 923

5) vgl. Sendler, DVBL 1982, S. 923

6) vgl. Johann Schmidt, BayVBL 1980, S. 740; Sendler, DVBL 1982, S. 932; schon früher Werner, DVBL 1957, S. 226

7) in: NJW 1982, S. 1782

nur die Einhaltung rechtlich gesetzter Schranken zu überprüfen und darüber hinausgehende Zweckmäßigkeitsüberlegungen zu unterlassen¹⁾.

Kopp²⁾ stützt seine Auffassung über die richterliche Selbstbeschränkung auf mehrere (angebliche) Grenzen der Rechtskontrolle. Für den hier zu untersuchenden Bereich des Immissionsschutzrechts ist die von Kopp entwickelte "innere" Grenze der Rechtskontrolle bedeutsam.

Kopp geht zunächst davon aus, daß es auf dem Boden des geltenden Rechts nicht möglich sei, eine formelle Beschränkung des richterlichen Nachprüfungsrechts im Sinne der Lehre vom Beurteilungsspielraum anzuerkennen³⁾.

Das bedeute jedoch nicht, daß sich die Gerichte bei der Nachprüfung von Verwaltungsakten an die Stelle der Verwaltung setzen dürften. Denn die Verwaltung verfüge über ein hohes Maß an Fachwissen, Erfahrung und Fingerspitzengefühl und wisse daher besser als der Richter über die Probleme, die ihrer Entscheidung zugrunde liegen, Bescheid⁴⁾.

Insbesondere in Verfahren, in denen die Entscheidung von schwierigen technischen Fragen und von Prognosen abhängt, ergäbe sich für den Richter aus der Begrenztheit menschlicher Erkenntnismöglichkeiten eine "innere" Grenze der Rechtskontrolle⁵⁾.

Die Verwaltung müsse daher von den Gerichten grundsätzlich als der Sachverständige par excellence betrachtet werden, über dessen Auffassung das Gericht sich nur bei begründeten Zweifeln an der Objektivität hinwegsetzen solle⁶⁾.

In die gleiche Richtung zielt auch die Argumentation von Ipsen⁷⁾, der dazu auffordert, die Bewertung von Experten bei technischen Großprojekten als vertretbare Ergebnisse gelten zu lassen und so zu einer sinnvollen Aufgabenteilung zwischen Genehmigungsbehörde und Gericht zu gelangen.

1) Kissel, NJW 1982, S. 1782

2) in: WUV 1983, S. 1 f.

3) so in: DÖV 1966, S. 321

4) vgl. Kopp, DÖV 1966, S. 322

5) so Kopp in: WUV 1983, S. 20

6) Kopp, DÖV 1966, S. 322; ähnlich in: WUV 1983, S. 21; vgl. auch in: BayVBL 1980, S. 265: "Kleinliche Besserwisserei"

7) in: AöR 107 (1982), S. 292, 293

2. Kritik und eigener Standpunkt

Es bestehen erhebliche Bedenken gegen die dargestellten Restriktionsansätze. Zuzustimmen ist Sendler und Kissel insoweit, als ein judicial self-restraint zu empfehlen ist, wenn die Anwendung eines unbestimmten Gesetzesbegriffs unter rechtlichen Gesichtspunkten nicht zu beanstanden ist und das Verwaltungsgericht nur unter Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten eine abweichende Ansicht vertreten will¹⁾.

Denn für diesen Fall ist dem Rechtsschutzauftrag in vollem Umfang Genüge getan und weitere Zweckmäßigkeitserwägungen sind völlig fehl am Platz.

Dagegen ist eine weitere Einschränkung der Kontrolle im Wege des judicial self-restraint nicht haltbar.

Einerseits verkennt die dargestellte Literaturansicht den grundlegenden Unterschied zwischen Verwaltungs- und Verfassungsgerichtsbarkeit. Die Forderung nach richterlicher Selbstbeschränkung ist im Bereich der Verfassungsgerichtsbarkeit auf Grund der besonderen Stellung des Bundesverfassungsgerichts möglicherweise legitim, nicht aber ohne ausdrückliche gesetzliche Anordnung auf die Verwaltungsgerichtsbarkeit zu übertragen²⁾.

Andererseits steht einer solchen Forderung die Bindungswirkung der Gerichte entgegen. Nach Art. 97 Abs. 1 GG ist der Richter dem Gesetz unterworfen und die rechtsprechende Gewalt nach Art. 20 Abs. 3 GG an Gesetz und Recht gebunden.

Aus der Bindungswirkung der Art. 20 Abs. 3, 97 Abs. 1 GG folgt, daß der Richter das Ergebnis einer Rechtsbeurteilung nicht mit der Begründung beiseite schieben kann, daß beispielsweise die Vernunft eine andere Wertung ergibt³⁾.

Denn das Prinzip der Gesetzesbindung in Verbindung mit dem verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz (Art. 19 Abs. 4 GG) fordert eine gerichtliche Überprüfung des angefochtenen Verwaltungsakts am Maßstab des Gesetzes⁴⁾.

1) wie hier Achterberg, Allg. VerwR, Rn 41; Wolff/Bachof, VerwR I, § 31 I, S. 191

2) siehe auch Czajka, DÖV 1982, S. 102; zum judicial self-restraint auch Achterberg, DÖV 1977, S. 649 f. und Kriele, NJW 1976, S. 772 f.

3) vgl. Seifert in: Seifert/Hömig, Art. 97 GG, Rn 3; Rupp, NJW 1973, S. 1773

4) vgl. Reuß, DÖV 1963, S. 363; Starck, VVDStRL 34 (1976), S. 48

Da nach dem einschlägigen Gesetz (§ 113 Abs. 1 VwGO) die Anfechtungsklage begründet ist, wenn der Verwaltungsakt rechtswidrig ist und den Kläger in seinen Rechten verletzt, orientiert sich der Umfang der Rechtskontrolle an der Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts. Die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts ist damit kraft Gesetzes zum Inhalt der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle erhoben worden¹⁾ und stellt den Maßstab der gerichtlichen Überprüfung dar. Nach ständiger Rechtsprechung²⁾ und h.M. in Literatur³⁾ findet grundsätzlich eine uneingeschränkte Überprüfung der Rechtmäßigkeit des angefochtenen Verwaltungsakts statt. Dieser gesetzlich festgelegte Kontrollumfang kann nicht ohne weiteres mit Hilfe eines judicial self-restraint gelockert werden, da ein solches Vorgehen den Individualrechtsschutz in höchst unerwünschter Weise beeinträchtigen würde⁴⁾.

Demzufolge dürfte es mit der Bindungswirkung nur schwer zu vereinbaren sein, die Überlastung der Verwaltungsgerichtsbarkeit und die Verfahrensdauer bei umweltrelevanten Großvorhaben im Wege richterlicher Selbstbeschränkung zu verringern⁵⁾.

Neben diesen Argumenten spricht gegen die von Kopp und Ipsen vertretene Auffassung, daß beide zwar "von Rechtswegen" eine Kontrollrestriktion ablehnen, andererseits dann aber auf dem Umweg über (angebliche/ Sachnähe der Verwaltung dennoch wieder der Vertretbarkeitslehre folgen wollen. Dieser Weg erscheint als eine klare Umgehung der gesetzlichen Wertung. Solange die vom Richter seiner Entscheidung zugrunde gelegten Normen nicht eine letztverbindliche Entscheidungszuweisung an die Verwaltungsbehörden enthalten, darf sich der Richter nicht aus eigener Machtvollkommenheit den gesetzlichen Bindungen entziehen, sondern muß in vollem Umfang überprüfen, ob beispielsweise die unbestimmten Gesetzesbegriffe des Umweltschutzrechts vorliegen.

Demzufolge geht auch der Hinweis Ipsens fehl, der Richter dürfe sich nicht zur "Obergenehmigungsbehörde" aufwerfen⁶⁾. Denn solange das materielle Immissionsschutzrecht keinerlei Entscheidungsfreiräume enthält, dürfte dem Richter wohl kaum etwas anderes übrigbleiben, ohne daß er - statt zu kontrollieren - genehmigende Tätigkeit ausübt.

1) so Papier, Bitburger Gespräche 1981, S. 90

2) vgl. BVerfGE 15, 282; 31, 117

3) vgl. Kopp, § 113 VwGO, Anm. 1; Bettermann, AöR 96 (1971), S. 550

4) so auch Hicklisch, BB 1982, S. 506; ablehnend auch Czajka, DÖV 1982, S. 102

5) wie hier im Ergebnis Papier, Bitburger Gespräche 1981, S. 89, 90; Sommer, Aufgaben und Grenzen, S. 17, 18

6) vgl. Ipsen, AöR 107 (1982), S. 292

Etwas anderes gilt allenfalls dann, wenn der hier entwickelten abgeschwächten Vertretbarkeitslehre gefolgt wird. Auf diesen Gesichtspunkt gehen jedoch die dargestellten Literaturansätze nicht ein.

Eine Kontrollrestriktion im Wege des judicial self-restraint ist daher grundsätzlich abzulehnen.

II. Verfahrensbeschleunigung durch Zurückweisung verspäteten Vorbringens?

Einer der wesentlichen Gründe für die vielbeklagten Verzögerungen bei der Verwirklichung umweltrelevanter Großvorhaben wird darin gesehen, daß die Kläger ihre Einwendungen zu schleppend oder pseudo-wissenschaftliche Einwendungen¹⁾ vorbringen.

Deshalb wird in der Literatur teilweise eine Zurückweisung verspäteten Vorbringens auf der Grundlage der §§ 173 VwGO in Verbindung mit 296 ZPO befürwortet²⁾.

Es bestehen jedoch Bedenken, ob diese Auffassung mit dem verwaltungsprozessualen Untersuchungsgrundsatz (§ 86 Abs. 1 VwGO) vereinbar ist. Nach dem Untersuchungsgrundsatz erforscht das Gericht den Sachverhalt von Amts wegen, ohne an das Vorbringen der Parteien gebunden zu sein. Das Gericht wird somit zur maßgeblichen Instanz, die im Rahmen des vom Kläger bestimmten Streitgegenstandes die entscheidungserheblichen Tatsachen ermittelt³⁾.

Zwar besteht im Verwaltungsprozeß auch eine Mitwirkungspflicht der Parteien⁴⁾; diese geht jedoch nicht so weit wie die Behauptungslast im Zivilprozeß⁵⁾.

Aus der Verletzung der Mitwirkungspflicht folgt vielmehr lediglich, daß das Gericht in diesem Fall nicht verpflichtet ist, von sich aus umfangreiche Ermittlungen durchzuführen⁶⁾.

1) vgl. dazu Wiedemann, Ermessen, S. 298

2) vgl. Kuhnt, Bitburger Gespräche 1981, S. 112

3) vgl. auch Stern, verwaltungsprozessuale Probleme, S. 152 f.

4) vgl. BVerwGE 19, 94

5) so Stern, verwaltungsprozessuale Probleme, S. 153

6) vgl. Redeker/v. Oertzen, § 86 VwGO Rn 11; Ule, DVBL 1981, S. 365; diff. Kopp, BayVBL 1977, S. 521

Darüber hinausgehende "Sanktionen" wie etwa die Zurückweisung verspäteten Vorbringens sind jedoch mit dem Untersuchungsgrundsatz nicht vereinbar, da auf diesem Wege die Darlegungsgrundsätze des Zivilprozesses in den Verwaltungsprozeß eingeführt würden¹⁾.

Es wäre allenfalls daran zu denken, eine Zurückweisung verspäteten Vorbringens bei vorsätzlicher Verspätung trotz richterlicher Fristsetzung zuzulassen²⁾, was jedoch nur in relativ seltenen Fällen möglich sein wird.

Nach § 173 VwGO sind die Vorschriften über die Zivilprozeßordnung im Verwaltungsprozeß jedenfalls nur dann anzuwenden, wenn die grundsätzlichen Unterschiede der beiden Verfahrensarten dies nicht ausschließen. Da ein solcher grundsätzlicher Unterschied insbesondere in der den Verwaltungsprozeß beherrschenden Untersuchungsmaxime zu sehen ist³⁾, scheidet eine Zurückweisung verspäteten Vorbringens i.d.R. aus.

III. Prozessuale Beschleunigungspflichten?

Hinzuweisen ist an dieser Stelle auf drei Möglichkeiten der geltenden Verwaltungsgerichtsordnung, mit deren Hilfe zwar die bestehenden Hemmnisse nicht vollständig, aber immerhin zu einem gewissen Teil behoben werden könnten.

Einmal eine stärkere Orientierung an dem Beschleunigungsgebot des § 117 Abs. 4 VwGO, zum anderen die alsbaldige Aufforderung an den Kläger zur Benennung der klagebegründenden Tatsachen und schließlich eine stärkere Betonung der Substantiierungspflicht.

In diesem Zusammenhang hat unlängst Sendler⁴⁾ darauf hingewiesen, daß die Vorschrift des § 117 Abs. 4 VwGO ausgesprochen nachlässig gehandhabt wird, was dazu führt, daß Urteile teilweise erst nach einem Jahr vorliegen.

Zwar wird die Vorschrift des § 117 Abs. 4 VwGO von der h.M. als bloße Ordnungsvorschrift angesehen⁵⁾, obwohl der Wortlaut eindeutig im Sinne eines strikten Gesetzesbefehls formuliert ist.

1) vgl. dazu Ule, Verwaltungsprozeßrecht, § 27, S. 32; Hofmann, UPR 1984, S. 84; a.A. wohl Rautenberg, NJW 1955, S. 1545 f.

2) so Redeker/v. Oertzen, § 86 VwGO, Rn 11a

3) so auch Schunck/De Clerc, § 173 VwGO, Nr. 2

4) in: DVBL 1982, S. 925

5) vgl. BVerwGE 49, 62 f.; a.A. Kopp, § 117 VwGO, Rn 21; Redeker/v. Oertzen, § 117 VwGO, Rn 8

Angesichts der bestehenden Schwierigkeiten bei der Bewältigung umweltrelevanter Großvorhaben erscheint diese Betrachtungsweise allerdings unverständlich, da die unerträglich lange Verfahrensdauer in manchen Bereichen sowohl von Praktikern als auch Theoretikern als mißlich empfunden wird.

Es erscheint daher geboten, gesetzlich vorgesehene Beschleunigungsmöglichkeiten wie etwa § 117 Abs. 4 VwGO auch in vollem Umfang auszunutzen.

Auf der anderen Seite erfolgt die Aufforderung zur Benennung der klagebegründenden Tatsachen häufig erst spät¹⁾. Auch hier könnte eine Verfahrensbeschleunigung auf der Grundlage des geltenden Rechts erreicht werden, wenn der Kläger unmittelbar nach Klageerhebung zur Benennung der klagebegründenden Tatsachen aufgefordert würde.

Schließlich könnte vom Kläger die hinreichende Substantiierung derart verlangt werden, daß dargelegt werden muß, auf Grund welcher tatsächlicher Umstände von dem Vorhaben für welche klägerischen Rechte Beeinträchtigungen ausgehen²⁾.

Eine derartige Substantiierungslast würde auch nicht gegen den Untersuchungsgrundsatz verstoßen. Denn die Untersuchungsmaxime ist keine prozessuale Hoffnung, das Gericht werde mit ihrer Hilfe schon die klagebegründenden Tatsachen finden. Deshalb könnten Klagen wegen mangelnder Substantiierung als unzulässig abgewiesen werden, wenn der Kläger nicht ausreichend darlegt, daß und warum gerade die genehmigte Anlage spezifische Gefahren für sein Leben, seine Gesundheit, sein Eigentum mitsich bringt.

IV. Sonstige Möglichkeiten auf der Grundlage des geltenden Rechts

Sonstige Möglichkeiten einer Kontrollrestriktion im weiteren Sinne sind auf der Grundlage der geltenden VwGO nicht ersichtlich.

Im Ergebnis stellt sich daher - abgesehen von den wenigen prozessualen Beschleunigungspflichten - die Situation bei der gerichtlichen Kontrolle der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung als ausgesprochen mißlich dar.

Abhilfe kann deshalb nur durch Reformen auf dem Gebiet der Verwaltungsgerichtsordnung geschaffen werden.

Es sind deshalb im weiteren Verlauf der Arbeit die Möglichkeiten der Kontrollrestriktion im Bereiche der VwGO de lege ferenda zu untersuchen.

1) so Kuhnt, Bitburger Gespräche 1981, S. 112

2) so auch Soell, ZRP 1980, S. 109; Kuhnt, Bitburger Gespräche 1981, S. 112

Zweiter Abschnitt:

Möglichkeiten der Kontrollrestriktion im Bereich der VwGO de lege ferenda

§ 12 Verfassungsgerichtliche Zuständigkeit für umweltrelevante Großvorhaben nach dem BImSchG?

Für den Bereich der Energieversorgung ist in der Literatur von Pestalozza¹⁾ der Vorschlag gemacht worden, die Kontrolle von Kraftwerksgenehmigungen den Verfassungsrichtern zu übertragen²⁾.

Von daher stellt sich die Frage, ob die derzeit bestehenden Schwierigkeiten bei der Realisierung umweltrelevanter Großvorhaben auf diese Weise vermindert werden können³⁾.

Der Vorschlag einer verfassungsgerichtlichen Zuständigkeit für die Kontrolle von Kraftwerksgenehmigungen geht davon aus, daß unbefriedigende Details im Bereich der Kontrolle derartiger Genehmigungen im wesentlichen auf die Ungeeignetheit des Verwaltungsprozeßrechts für Großsachverhalte, wie Energieversorgungsanlagen und nicht etwa mangelnden Sachverstand der Justiz oder umfassende Kontrollkompetenz zurückzuführen seien⁴⁾.

Der Richter sei der ideale Beurteiler und Entscheider auch von Fragen etwa der Kernenergie. Er sei von Hause aus und von seiner Bestimmung her der "geborene Laie" und als solcher der ideale Einschätzer und Einsetzer von Sachverstand, gerade im Fall sachverständiger Kontroverse⁵⁾.

Von daher müsse die Rolle des Richters auch im Rahmen der Energiepolitik beibehalten und verstärkt werden.

Das geltende Verwaltungsprozeßrecht sei allerdings auf die Bedürfnisse einer folgenreichen Veranstaltung wie einer Kernkraftanlage nicht zu-

1) in: Der Staat 1979, S. 481 (504)

2) es wird allerdings nicht ganz deutlich, ob die Ausführungen von Pestalozza auch für das Immissionsschutzrecht gelten sollen, vgl. Der Staat 1979, S. 491 einerseits und S. 482 andererseits

3) teilweise wird in der Literatur vorgeschlagen, die Entscheidungskompetenz für die Errichtung von Großvorhaben auf den Landesgesetzgeber zu übertragen, vgl. Listl, DVBL 1979, S. 11; Fischerhof, ET 1977, S. 252; Lecheler, ZRP 1977, S. 246; Henle, UPR 1982, S. 215 - 218 u. 253 - 260. Diese Gesichtspunkte werden hier vernachlässigt.

4) Pestalozza, Der Staat 1979, S. 482

5) Pestalozza, aaO. S. 491

geschnitten und stehe deshalb der sachgemäßen richterlichen Entfaltung im Wege¹⁾. Die Kontrolle der Genehmigung von Kraftwerksanlagen müsse daher den Verfassungsrichtern übertragen werden²⁾.

Da jedoch auch das verfassungsgerichtliche Verfahren richtertypische Grenzen der Effizienz kenne, sei es erforderlich, parallel zur verfassungsgerichtlichen Zuständigkeit die Verwaltungsgerichte von vornherein an Genehmigungsfragen zu beteiligen. Keine Kraftwerksanlage sollte daher ohne begleitende richterliche Kontrolle genehmigt werden können und müsse unter einen umfassenden Richtervorbehalt gestellt werden³⁾.

Unterzieht man die Ausführungen Pestalozzas einer kritischen Würdigung, so fällt zunächst auf, daß er von ganz anderen Prämissen als die vorliegende Arbeit ausgeht.

Pestalozza hält den Richter von seiner Bestimmung her für den idealen Beurteiler energierechtlicher Fragen, da nur er hinreichend neutral sei um derartig wichtige Fragen zwar nicht eigentlich sachverständig, aber sachgemäß zu entscheiden⁴⁾.

Was die Neutralität des Richters anbetrifft, ist dem uneingeschränkt zuzustimmen. Die Frage des Sachverständes wurde unter Berufung auf zahlreiche Wissenschaftler und Praktiker jedoch gerade für äußerst problematisch gehalten⁵⁾.

Es soll an dieser Stelle nur noch einmal in Erinnerung gerufen werden, daß es gerade als bedenklich angesehen werden muß, wenn Richter naturwissenschaftliche Zweifelsfragen letztverbindlich entscheiden.

Darüber hinaus vernachlässigt Pestalozza das Problem der Kontrolldichte und geht vielmehr davon aus, daß die Justiz zur Bewältigung umweltrelevanter Großvorhaben zahlreiche Selbstbeschränkungstechniken entwickelt habe⁶⁾. Dem ist entgegenzuhalten, daß die Kontrolle der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung de facto trotz etwaiger Rechtsbeschränkungstechniken in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht umfassend ist⁷⁾.

1) Pestalozza, aaO. S. 498 f.

2) Pestalozza, aaO. S. 504 f.

3) Pestalozza, aaO. S. 505; den Aspekt der begleitenden Verwaltungskontrolle betont auch Bischoff in: Merten, Die Vereinheitlichung, S. 88

4) vgl. Pestalozza, Der Staat 1979, S. 491

5) siehe oben § 1 III

6) vgl. Pestalozza, Der Staat 1979, S. 482 f.

7) siehe oben § 1 II

Schließlich berücksichtigt Pestalozza nicht hinreichend die Tatsache, daß die Probleme bei der Kontrolle der Genehmigung umweltrelevanter Großvorhaben u.a. auch mit der Komplexität der Materie zusammenhängen.

Dieser Gesichtspunkt spielt bei der Frage der Überlastung der Verwaltungsgerichtsbarkeit eine ebenso große Rolle, wie die Ausgestaltungen der VWGO. Letztere verstärken zwar die in der Komplexität der Materie angesiedelten Probleme, sind jedoch nicht alleine dafür verantwortlich, daß Prozesse um umweltrelevante Großvorhaben unerträglich lange dauern und die Verwaltungsrichter überfordern.

Bereits aus diesen Gründen ist es zweifelhaft, ob der von Pestalozza dargestellte Ansatz für die vorliegende Arbeit fruchtbar gemacht werden kann.

Hinzu kommt das Bedenken, daß die Einführung einer verfassungsgerichtlichen Zuständigkeit für umweltrelevante Großvorhaben zu einer weitgehenden Überlastung der Verfassungsgerichtsbarkeit führen und die Problematik nur von der Verwaltungs- auf die Verfassungsgerichtsbarkeit verlagern würde. Der Vorschlag von Pestalozza könnte daher eher eine Verschärfung der bestehenden Schwierigkeiten zur Folge haben.

Bedenken bestehen auch gegen den Vorschlag, parallel zur Zuständigkeit der Verfassungsgerichtsbarkeit für Großvorhaben die Verwaltungsgerichtsbarkeit bereits am Genehmigungsverfahren quasi "streitverhütend" zu beteiligen.

Ein solcher "Richtervorbehalt" stößt an die Grenzen des Gewaltenteilungsprinzips und kann im übrigen leicht dazu führen, daß gerade die Objektivität und Neutralität des Richters verlorengeht¹⁾.

Die Idee eines umfassenden "Richtervorbehalts" hat zur Folge, daß exekutives Genehmigungsverfahren und judikatives Kontrollverfahren ineinander fließen und Probleme nicht mehr von zwei unabhängigen Instanzen sondern einer gemischt exekutiv-judikativen Institution gelöst werden. Im übrigen wäre diese Institution mit dem Problem belastet, vor dem heute in zahlreichen Bereichen die Verwaltungsgerichtsbarkeit steht: dem mangelnden wissenschaftlichen Sachverstand der Richter.

Die Folge wäre eine Überlastung des Genehmigungsverfahrens und damit im Ergebnis nur eine Verlagerung der Probleme von der Ebene der Gerichtsbarkeit auf die der Genehmigungsbehörden²⁾.

Aus den genannten Gründen ist der Vorschlag einer verfassungsgerichtlichen Zuständigkeit für umweltrelevante Großvorhaben daher abzulehnen.

1) vgl. auch Schenke, DÖV 1982, S. 715: "Gewaltenteilungsprinzip in seinem Nerv getroffen"

2) wie hier Schenke, DÖV 1982, S. 715

§ 13 Veränderung des Instanzenzuges in der Verwaltungsgerichtsbarkeit

I. Überblick über die gesetzgeberischen Aktivitäten:

Zulassungsberufung und Erweiterung der erstinstanzlichen Zuständigkeit der Oberverwaltungsgerichte

Angesichts der vielfältigen Klagen über Verfahrensdauer und Überlastung der Verwaltungsgerichtsbarkeit sowie einem möglicherweise damit verbundenen Verlust an Rechtsschutzeffektivität liegt es nahe, die Frage der Straffung des Verwaltungsrechtszugs im Industriezulassungsrecht zu behandeln. Anlaß dazu bietet zum einen der Entwurf einer Verwaltungsprozeßordnung (VwPO)¹⁾ und zum anderen ein Vorschlag des Bundesrates, der für die verwaltungsgerichtliche Prüfung von Genehmigungen aus dem Bereich umweltrelevanter Großvorhaben eine erstinstanzliche Zuständigkeit der Oberverwaltungsgerichte vorsieht²⁾.

Die geplante VwPO soll die Verwaltungsgerichtsordnung, die Finanzgerichtsordnung und das Sozialgerichtsgesetz ablösen. Sie soll ferner die Vorschriften über die Gerichtsverfassung und das Verfahren in der Verwaltungs-, Finanz- und Sozialgerichtsbarkeit unter Wahrung der notwendigen Besonderheiten in den einzelnen Gerichtszweigen vereinheitlichen³⁾.

Daneben sollen alle zur Vereinfachung und Beschleunigung des Verfahrens möglichen Maßnahmen getroffen werden.

Der letzte Gesichtspunkt findet neben dem Ziel der Vereinheitlichung eigenständige Berücksichtigung⁴⁾ und verdient es, im Rahmen der vorliegenden Arbeit besonders hervorgehoben zu werden. Denn der Entwurf einer VwPO zieht - beeinflußt durch die unerwünschte Länge des Verfahrens sowie die Überlastung der Gerichte - Konsequenzen zur Vereinfachung und Beschleunigung gerichtlicher Verfahren⁵⁾.

1) Bundesrats-Drucksache 100/82 v. 19.3.1982

2) Bundestags-Drucksache 10/171 v. 16.3.1983

3) vgl. Bundesrats-Drucksache 100/82, S. 60; zur Vorgeschichte vgl. Bundesrats-Drucksache 100/82, S. 63 f.; Meyer-Ladewig, NVwZ 1982, S. 401

4) in diesem Sinne wohl auch Stelkens, DVBL 1979, S. 544

5) vgl. Bundesrats-Drucksache 100/82, S. 62

Das hat vornehmlich in den §§ 141 ff. EVwPO über das Rechtsmittel der Berufung seinen Niederschlag gefunden.

Der Entwurf geht davon aus, daß im Grunde eine Tatsacheninstanz ausreicht¹⁾. Eine zweite soll nur zur Verfügung stehen, wenn das Urteil aus besonderen Gründen im Einzelfall einer Nachprüfung in einer zweiten Tatsacheninstanz bedarf.

Dabei knüpfen die §§ 141, 142 EVwPO an das Modell eines Zulassungsrechtsmittels mit Nichtzulassungsbeschwerde an²⁾.

Die Berufung ist nach § 141 EVwPO nur statthaft, wenn sie durch das erstinstanzliche Gericht oder auf Nichtzulassungsbeschwerde gemäß § 142 EVwPO durch das Berufungsgericht zugelassen wird.

Die Fälle, in denen die Berufung zuzulassen ist, können schlagwortartig in Anlehnung an die Revisionszulassungsgründe in § 132 Abs. 2 VwGO als Grundsatz-, Divergenz- und Verfahrensberufung bezeichnet werden³⁾. Dazu kommt ein weiterer Fall, der der Tatsache Rechnung trägt, daß die Berufungsinstanz eine Tatsacheninstanz ist. So ist die Berufung gemäß § 141 Abs. 2 Nr. 3 EVwPO nur zuzulassen, wenn die Rechtssache besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten aufweist.

Neben dem Entwurf einer VwPO ist der vom Bundesrat vorgelegte Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes zur Entlastung der Gerichte in der Verwaltungs- und Finanzgerichtsbarkeit sowie zur Änderung der Verwaltungsgerichtsordnung⁴⁾ von herausragender Bedeutung.

Leitgedanke des Gesetzesentwurfs ist die Erkenntnis, daß insbesondere für verwaltungsgerichtliche Rechtsstreitigkeiten um technische Großprojekte im Bereich der Energieversorgung, des Verkehrs und der Abfallbeseitigung Vorschriften zur Beschleunigung des Verfahrens erforderlich sind, namentlich die Erweiterung der erstinstanzlichen Zuständigkeit der Oberverwaltungsgerichte für Verfahren der vorbezeichneten Art⁵⁾.

Um eine spürbare Entlastung der Verwaltungsgerichtsbarkeit und damit eine dringend notwendige Verkürzung der Verfahrensdauer zu erreichen, erschien es dem Bundesrat geboten, die vorgesehenen Beschleunigungsmaßnahmen vorab

1) vgl. zu den Motiven Meyer-Ladewig, NVwZ 1982, S. 403 und Bundesrats-Drucksache 100/82, S. 145

2) vgl. § 141 I EVwPO; vgl. auch Bundesrats-Drucksache 100/82, S. 145

3) vgl. dazu § 141 II Nr. 1, 2 u. 4 EVwPO

4) vgl. dazu Bundestags-Drucksache 10/171 v. 16.3.1983

5) vgl. Bundestags-Drucksache 10/171, S. 1 (Zielsetzung)

im Wege einer Novellierung der Verwaltungsgerichtsordnung zu regeln, da zum Zeitpunkt des Gesetzesentwurfs nicht abzusehen war, ob und wann der Entwurf einer Verwaltungsprozeßordnung, der die vorgestellten Beschleunigungsregelungen enthält, verabschiedet wird¹⁾.

An dieser Zielsetzung hat sich bislang nichts geändert, da der Entwurf einer Verwaltungsprozeßordnung noch nicht einmal beim Deutschen Bundestag eingebracht ist²⁾.

Was den Entwurf zur Änderung der Verwaltungsgerichtsordnung abetrifft, ist z.Zt. von folgendem Stand auszugehen:

Nachdem der Bundesrat den Entwurf nach erster Beratung den zuständigen Ausschüssen übergeben hatte, wurde am 1. Dezember 1983 eine Beschlußempfehlung des Rechtsausschusses ausgesprochen, wonach die Einführung der erstinstanzlichen Zuständigkeit der Obergerverwaltungsgerichte zurückgestellt und später im Zusammenhang mit dem Entwurf einer Verwaltungsprozeßordnung beraten werden soll³⁾.

Demgegenüber vertritt der Bundesrat nach wie vor die Auffassung, daß die Vorschriften zur Beschleunigung von Rechtsstreitigkeiten um technische Großanlagen dringend erforderlich sind, um den rechtskräftigen Abschluß solcher Verfahren innerhalb vertretbarer Zeiträume zu ermöglichen. Eine Regelung der erstinstanzlichen Zuständigkeit der Obergerverwaltungsgerichte erst im Zusammenhang mit der beabsichtigten Verwaltungsprozeßordnung erscheint deshalb aus der Sicht der Länder nicht vertretbar⁴⁾.

Zwischenzeitlich hat am 20. Juni 1984 eine öffentliche Anhörung vor dem Rechtsausschuß des Deutschen Bundestages stattgefunden, in der zahlreichen Vertretern von Industrie und Verbänden sowie sachkundigen Verwaltungsrichtern und Anwälten Gelegenheit zur Stellungnahme zu dem Gesetzesentwurf des Bundesrates gegeben worden ist⁵⁾. Vorab hatten die Anhörungspersonen Gelegenheit, einen detaillierten Fragenkatalog über Vor- und Nachteile der Instanzenverminderung und der Einführung einer Zulassungsberufung zu beantworten, sowie zu einem Vergleich zwischen erstinstanzlicher Zuständigkeit der Obergerverwaltungsgerichte und der Zulassungsberufung etc. Stellung nehmen.

1) vgl. S. 173, Fn 5

2) vgl. RdE 1984, S. 21 (Mitteilung)

3) vgl. RdE 1984, S. 21 (Mitteilung)

4) vgl. RdE 1984, S. 21 (unter Hinweis auf die Bundesrats-Drucksache 520/83)

5) vgl. das stenographische Protokoll über die 28. Sitzung des Rechtsausschusses v. 20.6.1984

Auf das Ergebnis dieser Stellungnahme wird noch an anderer Stelle einzugehen sein.

Inhaltlich ist der Gesetzesentwurf des Bundesrates für die vorliegende Arbeit insoweit aufschlußreich, als § 48 VwGO folgende Fassung enthalten soll:

"(1) Das Oberverwaltungsgericht entscheidet im ersten Rechtszug über sämtliche Streitigkeiten, die betreffen

1. die Errichtung, den Betrieb, die sonstige Innehabung, die Änderung und die Stilllegung von Anlagen im Sinne von §§ 7 und 9a Abs. 3 des Atomgesetzes,
2. die Bearbeitung, Verarbeitung und sonstige Verwendung von Kernbrennstoffen außerhalb von Anlagen der in § 7 des Atomgesetzes bezeichneten Art (§ 9 des Atomgesetzes) sowie die Aufbewahrung von Kernbrennstoffen außerhalb der staatlichen Verwahrung (§ 6 des Atomgesetzes),
3. die Errichtung, den Betrieb und die Änderung von Kraftwerken mit Feuerungsanlagen für feste, flüssige und gasförmige Brennstoffe mit einer Feuerungswärmeleistung von mehr als neunhundert Gigajoule je Stunde,
4. die Errichtung, den Betrieb und die Änderung von Wasserkraftwerken mit einer elektrischen Nettoleistung ab einhundert Megawatt,
5. die Errichtung von Freileitungen mit mehr als einhunderttausend Volt Nennspannung sowie die Änderung ihrer Linienführung,
6. die Errichtung, den Betrieb und die Änderung von Anlagen zur Destillation oder Raffination von Erdöl ab einer Million Jahrestonnen Durchsatzleistung,
7. die Errichtung, den Betrieb und die Änderung von Anlagen zum Lagern und Speichern von Mineralöl oder flüssigen Mineralölerzeugnissen in Behältern mit einem Fassungsvermögen von insgesamt mehr als fünfzigtausend Kubikmetern,
8. die Errichtung, den Betrieb und die Änderung von Anlagen zum Speichern von brennbaren Gasen in Behältern mit einem Fassungsvermögen von insgesamt mehr als fünfzehntausend Kubikmetern, bezogen auf zwanzig Grad Celsius und eintausenddreizehn Millibar,
9. die Errichtung, den Betrieb und die Änderung von Rohrleitungsanlagen zum Befördern wassergefährdender Stoffe im Sinne von § 19a des Wasserhaushaltsgesetzes,
10. Planfeststellungsverfahren nach § 7 des Abfallbeseitigungsgesetzes für die Errichtung und den Betrieb von ortsfesten Anlagen zur Verbrennung oder thermischen Zersetzung von Abfällen mit einer jährlichen Durchsatzleistung von mehr als einhunderttausend Tonnen und von

ortsfesten Anlagen, in denen ganz oder teilweise Abfälle im Sinne von § 2 Abs. 2 des Abfallbeseitigungsgesetzes abgelagert werden,

11. das Anlegen, die Erweiterung oder Änderung und den Betrieb von Flughäfen, die dem allgemeinen Verkehr dienen,
12. Planfeststellungsverfahren nach § 36 des Bundesbahngesetzes für den Bau neuer Bahnen sowie Rangier- und Containerbahnhöfe,
13. Planfeststellungsverfahren nach § 17 des Bundesfernstraßengesetzes für den Bau oder die Änderung von Bundesautobahnen,
14. die Errichtung und die Änderung von Deichen, die im unmittelbaren Einflußbereich der See liegen und die Küstenlinie ändern,
15. Planfeststellungsverfahren für den Bau von Bundeswasserstraßen".

Für eine vorläufige erste Bewertung der geplanten Neuregelungen im Hinblick auf die Kontrollrestriktion dürften folgende Gesichtspunkte eine Rolle spielen:

Welche Auswirkungen die Einführung einer Zulassungsberufung auf die Verfahrensdauer bei der Kontrolle der Genehmigung nach § 6 BImSchG haben wird, läßt sich nicht eindeutig feststellen. Einerseits könnte die Regelung in den Fällen der Divergenz-, Grundsatz- und Verfahrensberufung zu einem generellen Verzicht auf eine zweite Instanz und damit zu einer Verfahrensverkürzung führen. Dafür spricht jedenfalls die Tatsache, daß in den vergleichbaren Revisionsfällen die Revision verhältnismäßig selten zugelassen wird, so daß bei Einführung der Zulassungsberufung im Regelfall von der Nichtzulassung ausgegangen werden kann.

Andererseits legt der neue Zulassungsgrund der "besonderen tatsächlichen oder rechtlichen Schwierigkeit" die Vermutung nahe, daß gerade über diesen Grund die Berufung bei komplexen Sachverhalten, die häufig tatsächliche Schwierigkeiten aufweisen, zugelassen werden muß.

Aus diesem Grund muß bezweifelt werden, ob die geplante Neuregelung - jedenfalls in der derzeitigen Fassung - de facto im Bereich des Umweltschutzrechts eine Verkürzung der Verfahrensdauer bewirken kann.

Dagegen werden durch die Erweiterung der erstinstanzlichen Zuständigkeit praktisch alle Verfahren über größere Projekte von Staat und Wirtschaft auf eine Tatsacheninstanz beschränkt.

Die Novellierung des § 48 VwGO betrifft daher u.a. auch Anlagen, für die eine Genehmigung nach § 6 BImSchG erforderlich ist.

Es ist deshalb zu erwarten, daß der Gesetzesentwurf des Bundesrates starke Auswirkungen auf den Bereich des Industriezulassungsrechts haben wird.

Wegen der Schwierigkeiten bei der Bewertung der geplanten VwPO erscheint es angebracht, die Frage der erstinstanzlichen Zuständigkeit der Oberverwaltungsgerichte für umweltrelevante Großvorhaben im Rahmen der vorliegenden Abhandlung zu erörtern.

Die Darstellung beschränkt sich dabei auf die Problematik der Instanzenverkürzung nach Maßgabe des Gesetzesentwurfs des Bundesrates. Dennoch haben die Ausführungen wegen ihrer Grundsätzlichkeit auch Bedeutung für die geplante VwPO, da die generelle Einführung einer Zulassungsberufung im Ergebnis einer Instanzenverkürzung gleichkommt und sich daher an denselben Grundsätzen messen lassen muß, die für die vorab geplante Änderung der VwGO maßgeblich sind.

II. Diskussionsstand zur Frage der Zuständigkeitserweiterung und Instanzenverkürzung

Die Frage der zweiten Tatsacheninstanz in der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit und als spezielle Ausprägung die der Erweiterung der erstinstanzlichen Zuständigkeit der Oberverwaltungsgerichte für umweltrelevante Großvorhaben wird ähnlich kontrovers diskutiert, wie die Problematik der Kontrollrestriktion auf der Grundlage des materiellen Rechts.

Im Schrifttum der jüngsten Zeit finden sich sowohl befürwortende¹⁾ als auch ablehnende²⁾ sowie solche Stellungnahmen, die eine generelle Instanzenverkürzung ablehnen, die Erweiterung der erstinstanzlichen Zuständigkeit der Oberverwaltungsgerichte dagegen offenbar befürworten³⁾. Ähnlich differenziert sind die Stellungnahmen von Industrie- Anwaltschaft, Richtern und Verbänden zum Gesetzesentwurf des Bundesrates zur Erweiterung der erstinstanzlichen Zuständigkeit der Oberverwaltungsgerichte ausgefallen⁴⁾.

Kontrovers wurde schließlich auch auf dem 54. Deutschen Juristentag sowohl über die grundsätzliche Frage zweier Tatsacheninstanzen als

1) vgl. nur Mutschler, RdE 1982, S. 150; Schenke, DöV 1982, S. 714 f.

2) vgl. Ule, WUV 1983, S. 38; Redeker, DVBL 1982, S. 809

3) so offenbar Kopp, Gutachten für den 54. DJT, K 45 einerseits und K 48 andererseits

4) vgl. Johann Schmidt, Stellungnahme, S. 30 einerseits und Deutscher Anwaltsverein, Stellungnahme, S. 185 andererseits

als auch über den Vorschlag des Bundesrates diskutiert¹⁾.

Die Befürworter einer erstinstanzlichen Zuständigkeit der Oberverwaltungsgerichte führen einerseits das Argument der Effektivität des Rechtsschutzes ins Feld²⁾. Da effektiver Rechtsschutz voraussetze, daß Rechtsschutz innerhalb vertretbarer Zeiträume gewährt werde, sei eine Instanzenverkürzung unter diesem Blickwinkel dringend geboten³⁾.

Andererseits wird argumentiert, eine Instanzenverkürzung bewirke die dringend erforderliche Entlastung der Verwaltungsgerichtsbarkeit⁴⁾. Außerdem wird darauf verwiesen, daß die Gegenstände, die unter den Katalog des geplanten § 48 VwGO fielen, wegen ihrer besonderen rechtlichen, praktischen oder wirtschaftlichen Bedeutung, wegen ihres Umfangs oder ihres Schwierigkeitsgrades zweckmäßigerweise von einem Obergericht entschieden werden sollten⁵⁾.

Schließlich wird argumentiert, die überlange Verfahrensdauer lasse den Anwendungsbereich des vorläufigen Rechtsschutzes überproportional anwachsen, um auf diese Weise eine gewisse Kompensation der durch die Länge des Hauptsacheverfahrens bedingten Rechtsschutzeinbußen zu gewährleisten. Damit wachse gleichzeitig die Gefahr der Schaffung vollendeter Tatsachen durch Vollziehung eines angefochtenen aber noch nicht bestandskräftigen Verwaltungsakts⁶⁾. Auch dieser unerwünschte Effekt spreche für eine Instanzenverkürzung.

Demgegenüber weisen die Gegner der Zuständigkeitserweiterung daraufhin, es könne nicht richtig sein, für einfache Sachen drei Instanzen vorzusehen, für schwierigere Sachen dagegen nur zwei⁷⁾.

1) vgl. dazu Laubinger, DÖV 1982, S. 897 m.w.N.

2) vgl. Mutschler, RdE 1982, S. 150; Schenke, DÖV 1982, S. 714; Scholz, DVBL 1982, S. 610; Johann Schmidt, Stellungnahme, S. 30; BDI, Stellungnahme, S. 47; im Ergebnis auch DRB, Stellungnahme, S. 125; Deutscher Städtetag, Stellungnahme, S. 89; grds. bejahend auch Sendler, DVBL 1982, S. 820, der allerdings den konkreten Vorschlag des Bundesrates ablehnt

3) vgl. auch Mutschler, RdE 1982, S. 150; Scholz, DVBL 1982, S. 610

4) vgl. Bundestags-Drucksache 10/171, Begründung, S. 7; vgl. auch Joachim Martens, ZRP 1977, S. 212; Tandler, BayVBL 1980, S. 130

5) vgl. Bundestags-Drucksache 10/171, Begründung S. 9

6) vgl. dazu Schenke, DÖV 1982, S. 714

7) vgl. Härig in: Verhandlungen des 54. DJT, Sitzungsberichte, I 127: "die Hundehütte hat drei Instanzen, das Kernkraftwerk hat nur zwei"; ablehnend auch Meyer-Ladewig, DVBL 1979, S. 543; Ule, WUV 1983, S. 38: "nicht spruchreif"; Maetzel, DÖV 1977, S. 627; vgl. auch Kopp, Gutachten für den 54. DJT, K 48: "systemwidrig"

Dadurch werde gerade in besonders wichtigen Bereichen wie etwa des Umweltschutzes der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz empfindlich verkürzt¹⁾.

Ferner wird geltend gemacht, die Verwaltungsgerichte dürften nicht durch die Zuständigkeitserweiterung zu Gerichten zweiter Klasse degradiert und "schöner und interessanter" Materien beraubt werden²⁾. Gegen die geplante Zuständigkeitserweiterung spreche schließlich die Gefahr der Überlastung der Oberverwaltungsgerichte bis zur Funktionsunfähigkeit, die für eine derartige Regelung personell nicht gerüstet seien³⁾.

III. Eigener Standpunkt

Die nur in Grundzügen dargestellten Ansichten haben verdeutlicht, daß weitgehende Uneinheitlichkeit in der Frage der Erweiterung der erstinstanzlichen Zuständigkeit der Oberverwaltungsgerichte besteht. Von daher ist eine Stellungnahme geboten.

Der eigene Standpunkt orientiert sich zunächst an der verfassungsrechtlichen Ausgangslage sowie an Rechtstatsachen über die Bedeutung der zweiten Instanz in der Verwaltungsgerichtsbarkeit und versucht anschließend, unter Abwägung der Gründe für und gegen eine zweite Tatsacheninstanz zu einem Ergebnis zu gelangen.

1. Verfassungsrechtliche Ausgangslage

Die Erweiterung der erstinstanzlichen Zuständigkeit der Oberverwaltungsgerichte bewirkt den Wegfall einer Tatsacheninstanz, so daß sich die Frage stellt, ob dieses Ergebnis verfassungsrechtlich zulässig ist.

1) vgl. BDVR, Stellungnahme, S. 36; DAV, Stellungnahme, S. 185

2) vgl. dazu Sendler, DVBL 1982, S. 162; die Befürchtung äußerte auch die Mehrheit der Teilnehmer des 54. DJT, vgl. Laubinger, DÖV 1982, S. 898

3) vgl. Sendler, DVBL 1982, S. 162: "aufgebläht"; DAV, Stellungnahme, S. 185; Schily/Becker/Geulen, Stellungnahme, S. 95; BDVR, Stellungnahme, S. 36; Redeker, DVBL 1982, S. 809; vgl. auch Jessen, NVwZ 1982, S. 411, der auf die Gefahr eines "Mischrechtsmittels" hinweist

Mangels besonderer verfassungsrechtlicher Regelungen ist auf Art. 19 Abs. 4 GG zurückzugreifen und der Frage nachzugehen, ob diese Vorschrift zu einer zweiten Tatsacheninstanz zwingt. Das ist bereits vom Wortlaut des Art. 19 Abs. 4 her zu verneinen, da der Rechtsweg schon dann als eröffnet angesehen werden muß, wenn eine richterliche Instanz über Tat- und Rechtsfragen entscheidet¹⁾.

Auch sonstige Gründe führen nicht zur Notwendigkeit eines Instanzenzuges. Denn Art. 19 Abs. 4 GG will nur den Rechtsweg im Rahmen der jeweils geltenden Prozeßordnungen gewährleisten, so daß dem aus Art. 19 Abs. 4 GG folgenden Schutzanspruch grundsätzlich Genüge getan ist, wenn eine umfassende Nachprüfung des Streitgegenstandes in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht erfolgt²⁾.

Deshalb ist mit dem Bundesverfassungsgericht³⁾ und der einhelligen Meinung im Schrifttum⁴⁾ davon auszugehen, daß Art. 19 Abs. 4 GG keinen Instanzenzug gewährleistet.

Es steht daher dem Gesetzgeber frei, den derzeitigen mehrstufigen Rechtsweg innerhalb der Verwaltungsgerichtsbarkeit abzubauen, insbesondere auf eine Tatsacheninstanz zu reduzieren⁵⁾.

Die vom Bundesrat vorgeschlagene Erweiterung der erstinstanzlichen Zuständigkeit der Oberverwaltungsgerichte ist daher verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

2. Rechtstatsachen über die Bedeutung der zweiten Instanz in der Verwaltungsgerichtsbarkeit

Der Gesetzentwurf des Bundesrates strebt das Ziel einer Verkürzung der Verfahrensdauer und der Entlastung der Verwaltungsgerichtsbarkeit an⁶⁾. Inwieweit das eingesetzte Mittel, d.h. die faktische Reduzierung des Verwaltungsrechtszuges für bestimmte Streitigkeiten auf eine Tatsachen-

1) vgl. dazu Ule, DVBL 1959, S. 538

2) vgl. Schmidt-Bleibtreu/Klein, Art. 19 GG, Rn 18

3) vgl. BVerfGE 35, 271; 54, 291

4) vgl. v. Münch, Art. 19 GG, Rn 54; Bettermann, AöR 96 (1971), S. 552 f.; Schmidt-Bleibtreu/Klein, Art. 19 GG, Rn 19 m.w.N.; Schenke in: Bonner Kommentar (Zweitbearbeitung), Art. 19 IV GG, Rn 54 f.; Dürig in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Art. 19 IV GG, Rn 45, 46; a.A.: Bauer, Gerichtsschutz als Verfassungsgarantie, S. 101

5) vgl. Ule, DVBL 1959, S. 538; Sachs, ZRP 1982, S. 229; Scholz, DVBL 1982, S. 610

6) vgl. Bundestags-Drucksache 10/171, S. 1 (Zielsetzung)

instanz, zur Zielverwirklichung geeignet ist, läßt sich grundsätzlich erst dann beurteilen, wenn verwertbare Ergebnisse der Rechtstatsachenforschung über die Bedeutung der zweiten Tatsacheninstanz in der Verwaltungsgerichtsbarkeit vorliegen.

Zwar ist nicht zu bestreiten, daß durch den Wegfall einer Tatsacheninstanz eine Verkürzung der Prozeßdauer und damit auch eine Entlastung der Verwaltungsgerichtsbarkeit eintreten wird¹⁾.

Das genaue Ausmaß der Verkürzung läßt sich dagegen erst beurteilen, wenn im Wege der Rechtstatsachenforschung die Bedeutung der zweiten Instanz näher erhellt worden ist. Letzteres dürfte zwingende Voraussetzung für die geplante Neuregelung sein, da der Wegfall einer Tatsacheninstanz nur dann zu rechtfertigen ist, wenn vorab die erwartete Verkürzung der Prozeßdauer möglichst genau untersucht wird.

Überprüft man den Vorschlag des Bundesrates sowie die Äußerungen im Schrifttum auf dieses Erfordernis hin, so ist eine bemerkenswerte Ungenauigkeit anzutreffen, soweit es darum geht, das Für oder Wider einer Instanzenverkürzung zu rechtfertigen.

Der Vorschlag des Bundesrates geht in seiner Begründung lediglich davon aus, die bisherigen Erfahrungen hätten gezeigt, daß in den von der Novellierung erfaßten Verfahren bereits in erster Instanz nahezu alle in Betracht kommenden namhaften Sachverständigen zur Begutachtung der anstehenden Sachfragen herangezogen würden, so daß in der Berufungsinstanz regelmäßig keine wesentlichen neuen Gesichtspunkte tatsächlicher Art in den Prozeß eingeführt würden²⁾.

Offenbar deutet der Bundesrat die zweite Tatsacheninstanz in ihrer praktischen Bedeutung als Revisionsinstanz und versucht auf diesem Wege, die Überflüssigkeit einer zweiten Tatsacheninstanz zu begründen.

Allerdings fehlen jegliche Angaben über Rechtstatsachen, auf die der Bundesrat seine Auffassung stützen könnte.

An diesem Vorgehen ist zu kritisieren, daß der pauschale Hinweis auf (angebliche) "bisherige Erfahrungen" nicht als ausreichend angesehen werden kann, um Rechtstatsachen zu ersetzen.

Es kann nur vermutet werden, daß der Bundesrat mit den bisherigen Erfahrungen eine Rechtstatsachenuntersuchung von Ule³⁾ meint, wonach bei den

1) vgl. auch Ule, WUV 1983, S. 34; ders. in: DVBL 1982, S. 827

2) vgl. Bundestags-Drucksache 10/171, S. 10 (Begründung)

3) vgl. Ule, Rechtstatsachen, S. 195, 217, 218, 224

Oberverwaltungsgerichten nur in 24,3 % der Fälle eine Beweisaufnahme stattgefunden hat. Diese Untersuchung liegt auch der Begründung der uneingeschränkten Zulassungsberufung in § 141 EVwPO zugrunde, die ebenfalls davon ausgeht, daß die Berufungsinstanz i.d.R. nicht den Charakter einer zweiten Tatsacheninstanz habe¹⁾.

Da der Entwurf der VwPO zeitlich vor dem Vorschlag des Bundesrates bekannt gemacht wurde, hat wahrscheinlich die Untersuchung von Ule nicht nur die VwPO, sondern auch die Novellierung der VwGO beeinflusst.

Besonders aufschlußreich ist nun in diesem Zusammenhang, daß sich die Untersuchung von Ule gerade nicht gezielt auf die zweite Tatsacheninstanz²⁾ und insbesondere nicht auf Rechtsstreitigkeiten über Großvorhaben bezieht³⁾. Ule hatte seinerzeit aus den von ihm ermittelten Tatsachen lediglich den Schluß gezogen, die zweite Instanz in der Verwaltungsgerichtsbarkeit habe in dreiviertel aller Fälle nicht die Bedeutung einer Tatsacheninstanz, sondern einer Revisionsinstanz⁴⁾.

Ob diese Schlußfolgerung auch für Prozesse über die Genehmigungen umwelt-relevanter Großvorhaben zutrifft, wird selbst von Ule bezweifelt⁵⁾, da diese nicht Gegenstand der Untersuchung waren und sich die Untersuchung im übrigen nicht gezielt auf die zweite Tatsacheninstanz bezog.

Es kommt hinzu, daß die Untersuchung von Ule keine Auskunft darüber gibt, aus welchen Gründen neue Behauptungen oder Beweismittel erst in der zweiten Tatsacheninstanz vorgebracht werden und ob diese nicht bereits in der ersten Instanz hätten vorgebracht werden können⁶⁾.

Die letzten Überlegungen Ules⁷⁾ zu diesem Problemkreis lassen eher den Schluß zu, daß die Prozeßdauer weniger durch die Tatsache beeinflusst wird, daß die zweite Instanz eine Tatsacheninstanz ist als durch die Tatsache, daß es überhaupt eine zweite Instanz gibt.

Wenn dem so ist, trifft die Begründung des Bundesrates, die zweite Instanz habe den Charakter einer Revisionsinstanz nicht den Kern des Problems, da die Prozeßdauer in diesem Fall von der Frage Revisions- oder Tatsacheninstanz unabhängig ist.

1) vgl. Bundesrats-Drucksache 100/82, S. 145 (Begründung)

2) vgl. Ule, DVBL 1983, S. 444

3) vgl. Ule, WUV 1983, S. 33

4) siehe Ule, Rechtstatsachen, S. 217, 218

5) Ule, WUV 1983, S. 34

6) Ule in: Merten, Die Vereinheitlichung, S. 46

7) vgl. Ule, DVBL 1983, S. 446

Im übrigen wird die Begründung des Bundesrates, wie ausgeführt, durch keinerlei Tatsachenmaterial gestützt und muß bereits aus diesem Grunde als zweifelhaft angesehen werden.

Ähnliche Ungenauigkeiten finden sich allerdings auch bei denjenigen, die eine Zuständigkeitserweiterung ablehnen. So ist beispielsweise Meyer-Ladewig¹⁾ der Ansicht, daß die Oberverwaltungsgerichte nicht in sehr großem Umfang und insbesondere nicht für Streitigkeiten nach dem BImSchG erstinstanzliche Gerichte werden sollten.

Als Begründung führt er u.a. die rechtstatsächliche Untersuchung Ules an, wonach die Berufungsinstanz doch eine erhebliche Bedeutung als zweite Tatsacheninstanz habe.

Angesichts der Tatsache, daß Ule selbst aus dem Material seiner Untersuchung gerade den gegenteiligen Schluß gezogen hat, kann diese Begründung nur verwundern, da sie in keiner Weise durch die Untersuchung von Ule gestützt wird²⁾.

Sowohl die Befürworter, als auch die Gegner der geplanten Zuständigkeits-erweiterung stützen sich damit auf eine rechtstatsächliche Untersuchung, die für die zu beantwortende Frage so gut wie nichts hergibt.

Dieses Vorgehen erscheint zweifelhaft, da die geplante Novellierung ohne vorherige rechtstatsächliche Untersuchungen nicht ausreichend beurteilt werden kann. Es kommt hinzu, daß auch sonstige verwertbare Ergebnisse der Rechtstatsachenforschung über die Bedeutung der zweiten Instanz so gut wie nicht vorliegen³⁾. Eine Ausnahme bildet eine Anfrage des Bundesministers

der Justiz, die dieser im Zusammenhang mit der geplanten Novellierung an die obersten Landesbehörden gerichtet hat⁴⁾. In ihr hat er u.a. darum gebeten festzustellen, wieviele Rechtsstreitigkeiten, die von der vorgeschlagenen Neuregelung erfaßt würden, es seit 1970 gegeben habe, welche Ermittlungen zur Aufklärung des Sachverhalts in den vom Katalog erfaßten Fällen in der ersten und zweiten Instanz angestellt worden seien, ob die

1) vgl. Meyer-Ladewig, DVBL 1979, S. 543

2) auf derartige Ungereimtheiten hat schon Ule in DVBL 1981, S. 368, allerdings in anderem Zusammenhang hingewiesen

3) vgl. Ule, DVBL 1983, S. 444

4) der Fragenkatalog erging im Zusammenhang mit der vom Bundesrat vorgesehenen Novellierung der § 37 I EVwPO, die mit dem Entwurf des § 48 VwGO identisch ist, vgl. auch Ule, DVBL 1983, S. 441 u. 444

Ermittlungen des erstinstanzlichen Gerichts in der Berufungsinstanz wiederholt worden seien, in wieviel Fällen gegen erstinstanzliche Urteile Berufung eingelegt worden sei, wie lange die Rechtsstreitigkeiten in der jeweiligen Instanz im Durchschnitt gedauert hätten, in wievielen Fällen die eingelegten Rechtsmittel erfolgreich gewesen seien, ob sich eine Prognose abgeben lasse, ob und in welchem Umfang die Revisionsneigung bei Fortfall einer Tatsacheninstanz zunehmen werde, ob sich Aussagen darüber machen ließen, ob und ggf. wie lange Bau- und Investitionsvorhaben infolge der Inanspruchnahme der Rechtsmittel in den vom Bundesrat genannten Rechtsgebieten verzögert worden seien¹⁾. Leider sind die Ergebnisse dieser sicher aufschlußreichen Befragung nicht bekannt.

Der Bundesminister der Justiz hat mir auf meine Anfrage mit Schreiben vom 19.10.1984 mitgeteilt, daß die Zahlen intern seien und nicht weitergegeben werden könnten²⁾.

Im Ergebnis liegen daher keinerlei Erkenntnisse über Rechtstatsachen vor, die Aufschluß über die Bedeutung der zweiten Tatsacheninstanz in der Verwaltungsgerichtsbarkeit geben könnten. Was die erhoffte Beschleunigung anbelangt, lassen sich deshalb nur vage Vermutungen äußern³⁾. Von daher erscheint es äußerst schwierig, die geplante Novellierung der VwGO zu beurteilen.

Es soll aber im folgenden dennoch der Versuch unternommen werden, sich mit einigen in der Diskussion befindlichen Argumenten auseinanderzusetzen.

3. Gründe für und gegen eine zweite Tatsacheninstanz

a) Die Prozeßdauer und das Gebot der Effektivität des Rechtsschutzes

Gegen eine zweite Tatsacheninstanz und damit für die Erweiterung der erstinstanzlichen Zuständigkeit der Obergerverwaltungsgerichte könnten die Prozeßdauer und das Gebot der Effektivität des Rechtsschutzes sprechen.

1) vgl. Ule, DVBL 1983, S. 444

2) ebenso erging es Ule im Jahre 1983, vgl. Ule, DVBL 1983, S. 444

3) vgl. Sendler, Stellungnahme, S. 26; Ule, Stellungnahme, S. 21

Das Gebot der Gewährleistung des effektiven Rechtsschutzes ist sowohl in Art. 19 Abs. 4 GG als auch im Rechtsstaatsprinzip verankert¹⁾. Effektiver Rechtsschutz bedeutet nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts²⁾ und des Schrifttums³⁾ eine Rechtsschutzgewährleistung, die tatsächlich wirksam ist und nicht in unzumutbarer Weise erschwert wird. Für die Effektivität des Rechtsschutzes spielt das Zeitelement eine zentrale Rolle.

Eine möglichst wirksame Kontrolle durch die Gerichte setzt voraus, daß diese in angemessener Zeit über das Rechtsschutzbegehren entscheiden⁴⁾. Deshalb kann eine überlange Verfahrensdauer den Anspruch des Bürgers wie auch den Anspruch der Anlagenbetreiber auf effektiven Rechtsschutz nachhaltig verkürzen.

Prozeßdauer und effektiver Rechtsschutz sind daher eng miteinander verzahnt. Vor diesem Hintergrund ist vor allem von der neueren Literatur⁵⁾ die Frage aufgeworfen worden, ob angesichts der überlangen Verfahrensdauer insbesondere im Umweltschutzrecht überhaupt noch von effektivem Rechtsschutz gesprochen werden könne.

Es erscheint in der Tat fraglich, ob eine zeitgerechte Rechtsschutzgewährung bei der Kontrolle der Genehmigung umweltrelevanter Großvorhaben noch gegeben ist.

Nur wenn der Rechtsschutzsuchende - sei es der Bürger, sei es der Anlagenbetreiber - innerhalb kurzer Zeit eine durchsetzbare Entscheidung erhält, wird der Gerichtsschutz den tatsächlichen Gegebenheiten gerecht und ist damit effektiv im Sinne der vorstehenden Definition.

Diesen Anforderungen werden die derzeitigen Prozesse vor den Verwaltungsgerichten nicht mehr gerecht, so daß eine Verfahrensverkürzung dringend erforderlich erscheint. Das Gebot des effektiven Rechtsschutzes zwingt daher zu der Suche nach Beschleunigungsmöglichkeiten, zu denen auch die Erweiterung der erstinstanzlichen Zuständigkeit der Oberverwaltungsgerichte zählt.

1) vgl. Sachs, ZRP 1982, S. 228 m.w.N.; Finkelburg, BVerwG-FS, S. 169, 170

2) vgl. BVerfGE 35, 274; 40, 95 f.

3) vgl. nur Finkelburg, BVerwG-FS, S. 170; Bauer, Gerichtsschutz als Verfassungsgarantie, S. 96; Ule, DVBL 1982, S. 822

4) vgl. Kopp, DVBL 1982, S. 613; Ule, DVBL 1982, S. 822; ferner Bauer, aaO. S. 96

5) siehe Kloepfer, JZ 1979, S. 209; Lorenz, AöR 105 (1980), S. 623 f.

Es geht deshalb bei einer Verkürzung des Instanzenzuges auch nicht - wie vielfach behauptet wird - um einen Abbau des Rechtsschutzes, sondern um dessen Effektivierung.

Insofern ist den Befürwortern¹⁾ der Zuständigkeitserweiterung im Hinblick auf das Effektivitätsprinzip grundsätzlich zuzustimmen.

Auf der anderen Seite gilt es, in diesem Zusammenhang einige wichtige Gesichtspunkte in die Wertung miteinzubeziehen.

Die Befürworter der Erweiterung der erstinstanzlichen Zuständigkeit der Oberverwaltungsgerichte gehen von der nicht näher belegten Prämisse aus, daß eine Verkürzung des gerichtlichen Instanzenzuges automatisch eine Verkürzung der Verfahrensdauer bewirke.

Daß die Dauer eines Prozesses u.a. von der Instanzenzahl abhängt, läßt sich kaum bestreiten. Fraglich ist allerdings, ob der erhoffte Zeitgewinn so groß ist, daß er eine Instanzenverkürzung rechtfertigen kann.

Insoweit läßt sich keine definitive Aussage treffen, da die Rechtstatsachenforschung zu diesem Komplex lückenhaft ist. Lediglich Sendler²⁾ mutmaßt hier eine Abkürzung der Verfahrensdauer um ein Viertel bis ein Drittel, kann seine Vermutungen jedoch auch nicht näher belegen.

Berücksichtigt man in diesem Zusammenhang, daß das Vertrauen von Teilen der Bevölkerung in Rechtsstaatlichkeit und Rechtssicherheit durch eine Instanzenverkürzung erschüttert werden kann³⁾, so erscheint trotz des Verlustes an Rechtsschutzeffektivität eine Erweiterung der erstinstanzlichen Zuständigkeit nur dann vertretbar, wenn verläßliche Zahlen über den erwarteten Zeitgewinn vorliegen.

Zu bedenken ist auch die Tatsache, daß die Oberverwaltungsgerichte bei Erweiterung ihrer Zuständigkeit die Aufklärungsarbeit übernehmen müßten, die jetzt bei den Verwaltungsgerichten liegt. Die Prozesse bei den Oberverwaltungsgerichten würden deshalb wenigstens so lange dauern, wie sie bisher bei den Verwaltungsgerichten gedauert haben⁴⁾.

Möglicherweise würden sie jedoch noch länger dauern, weil bei nur einer Tatsacheninstanz u.U. erheblich mehr Beweisanträge gestellt werden, als wenn noch eine zweite Tatsacheninstanz angerufen werden könnte⁵⁾.

1) Schenke, DöV 1982, S. 714; Scholz, DVBL 1982, S. 610; Mutschler, RdE 1982, S. 150

2) vgl. Sendler, Stellungnahme, S. 26

3) darauf weisen auch der BDVR, Stellungnahme, S. 35 und der DAV, Stellungnahme, S. 185 hin

4) darauf weist Ule, Stellungnahme, S. 21 hin

5) vgl. Ule, Stellungnahme, S. 21

Zwar lassen sich auch hierüber allenfalls Mutmaßungen anstellen, so lange jedenfalls die begründete Gefahr besteht, daß eine Zuständigkeitserweiterung lediglich zu einer Problemverlagerung führt, ist ein solcher Vorschlag nicht zu rechtfertigen.

Diese Überlegungen gelten auch für die Problematik, daß bei Wegfall einer Tatsacheninstanz die Revisionsneigung zunehmen könnte. Auch unter diesem Blickwinkel würden die Schwierigkeiten vermutlich jedenfalls teilweise nur verlagert, aber nicht beseitigt.

Von entscheidender Bedeutung scheint mir schließlich ein Gesichtspunkt, auf den Ule¹⁾ unlängst hingewiesen hat.

Der Bundesrat begründet den Gesetzesentwurf bekanntlich u.a. damit, daß in der Berufungsinstanz regelmäßig keine neuen Gesichtspunkte tatsächlicher Art in den Prozeß eingeführt werden²⁾.

Aus diesem Grund wird eine zweite Tatsacheninstanz offenbar für überflüssig gehalten, da Fragen tatsächlicher Art durch die erste Instanz abschließend geklärt werden.

Wenn diese durch Rechtstatsachen nicht näher belegte Behauptung zutreffen sollte, kann das Vorhandensein einer zweiten Tatsacheninstanz der Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes nicht im Wege stehen, da die dadurch bedingten zeitlichen Verzögerungen nicht von großer Bedeutung sind,

Im übrigen sollte nicht verkannt werden, daß zwei Tatsacheninstanzen auch erhebliche positive Auswirkungen haben.

Jede Tatsacheninstanz eröffnet dem Kläger die Möglichkeit, sein rechtserhebliches Vorbringen zu ergänzen und zu vervollständigen. Diese Möglichkeit erscheint gerade in solchen Verfahren von besonderer Bedeutung, die sich vornehmlich durch Schwierigkeiten im tatsächlichen Bereich auszeichnen.

Darüber hinaus dient die zweite Tatsacheninstanz der Kontrolle der ersten Instanz. Eine solche Kontrolle erscheint mit Rücksicht auf die Materie auch notwendig und sinnvoll. Ist die Beweisaufnahme in solchen Fällen eine besondere Kunst und mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden, so wirkt der Wegfall einer Kontrollinstanz in Prozessen um umweltrelevante Großvorhaben systemwidrig, da die vorbezeichneten Gründe, die allgemein für die Notwendigkeit einer zweiten Tatsacheninstanz gelten, in besonderem Maße für Verfahren im Sinne der 4. BImSchVO Geltung haben.

1) Ule, WUV 1983, S. 32, 33

2) vgl. Bundestags-Drucksache 10/171, S. 10 (Begründung)

Im Ergebnis trifft deshalb zwar die Feststellung zu, daß die derzeitigen verwaltungsgerichtlichen Verfahren im Bereich des Umweltschutzrechts effektiven Rechtsschutz wegen der zeitlichen Verzögerungen nicht mehr gewährleisten können.

Die Verkürzung des Verwaltungsrechtszuges auf eine Tatsacheninstanz erscheint aber unter dem Gesichtspunkt des effektiven Rechtsschutzes so lange nicht gerechtfertigt, wie die zeitlichen Auswirkungen einer solchen Maßnahme nicht anhand gesicherter Rechtstatsachen beurteilt werden können.

b) Das Flurbereinigungsgerichtsmodell als Vorbild?

In der Diskussion um die Instanzenverkürzung wird ferner auf die erstinstanzliche Zuständigkeit der Oberverwaltungsgerichte nach § 138 Abs. 1 FlurbG hingewiesen und dieser Vorschrift Modellcharakter auch im Hinblick auf die hier zu beurteilende Erweiterung der erstinstanzlichen Zuständigkeit der Oberverwaltungsgerichte beigemessen¹⁾.

Dementsprechend wird in Anlehnung an das Flurbereinigungsgerichtsmodell speziell für Atomrechtsverfahren und andere Verfahren über Großvorhaben eine Instanzenverkürzung befürwortet.

Diese Auffassung ist in der Literatur von Ule²⁾ nachdrücklich mit der Begründung kritisiert worden, die erstinstanzliche Zuständigkeit der Oberverwaltungsgerichte als Flurbereinigungsgericht beruhe auf Erwägungen, die sich aus der Eigenart des Flurbereinigungsverfahrens ergäben und für Großvorhaben im Energiebereich etc. überhaupt keine Bedeutung hätten.

Aus diesem Vorgehen ist zu kritisieren, daß Ule die Problematik zwar aufrollt, aber letztlich keine Begründung dafür liefert, welche Gründe zur Einrichtung der erstinstanzlichen Zuständigkeit der Oberverwaltungsgerichte in Flurbereinigungssachen geführt haben³⁾.

Zwar ist Ule insoweit zuzustimmen, als von Teilen der flurbereinigungsrechtlichen Literatur wie beispielsweise von Stiebens⁴⁾ oder Seehusen⁵⁾

1) vgl. Sendler, DVBL 1982, S. 162: "Flurbereinigungsmodell"

2) in: WUV 1983, S. 27

3) vgl. Ule, WUV 1983, S. 27 und seine Vermutungen auf S. 28

4) vgl. Stiebens, DVBL 1971, S. 98 f.

5) vgl. Seehusen, DÖV 1953, S. 687 f.

zu der Problematik keine ausdrückliche Stellung bezogen wird. Das ändert aber nichts an der Tatsache, daß nach einer Begründung dafür gesucht werden muß, warum die Vorschrift des § 138 Abs. 1 FlurbG nicht als Modell für den Vorschlag des Bundesrates herangezogen werden kann.

Ein Modellcharakter dürfte vom Grundsatz her - ähnlich wie im Fall einer Analogie - nur dann zu bejahen sein, soweit die zu beurteilenden Materien vergleichbar sind.

Vergleicht man die Flurbereinigungssachen etwa mit genehmigungsbedürftigen Anlagen nach dem BImSchG, so sind die Erwägungen, die der erstinstanzlichen Zuständigkeit des Obergerichts im Flurbereinigungsrecht zugrunde liegen, nicht ohne weiteres auf umweltrelevante Großvorhaben übertragbar.

Ausschlaggebend für das derzeitige Rechtsmittelverfahren im Flurbereinigungsrecht dürften historisch geprägte Gründe gewesen sein, die mit den Besonderheiten des Flurbereinigungsverfahrens zusammenhängen:

Historisch ist zunächst die mit dem 1.1.1938 in Kraft getretenen Reichsumlegungsordnung¹⁾ erwähnenswert, die für das gesamte Reichsgebiet ein einheitliches dreinstanzliches Rechtsmittelverfahren unter Ausschaltung der ordentlichen Gerichte und der Verwaltungsgerichte vorsah²⁾.

Spruchstellen waren die Umlegungsbehörden, die oberen Umlegungsbehörden und die oberste Umlegungsbehörde.

Mit Inkrafttreten des Grundgesetzes wurde insbesondere auf Grund der Generalklausel des Art. 19 Abs. 4 GG eine grundlegende Umgestaltung der zur Entscheidung berufenen Rechtsmittelinstanz erforderlich. In diesem Zusammenhang kam es zu dem bekannten Streit, ob die Spruchstellen nach der Reichsumlegungsordnung besondere Verwaltungsgerichte im Sinne der Verwaltungsgerichtsgesetze der Länder seien³⁾.

Dieser Streit führte zu einer zunehmenden Unsicherheit und insbesondere zu einer nicht zu verantwortenden Verschleppung der Flurbereinigungsverfahren, da die Verwaltungsgerichte teilweise Klagen gegen Entscheidungen der oberen Umlegungsbehörden zuließen, diese die Rechtsprechung jedoch nicht anerkannten.

1) Reichsumlegungsordnung v. 16.6.1937 - RGBl I, S. 629

2) vgl. zur historischen Entwicklung Steuer, Vor. § 138 FlurbG, Stiebens, DVBL 1971, S. 99

3) vgl. auch Steuer, Vor. § 138 FlurbG

Diese Schwierigkeiten haben letztlich dazu geführt, die bestehende Rechtsunsicherheit durch Einrichtung eines besonderen Verwaltungsgerichts zu beseitigen und mit einem einfachen und kurzen Rechtsmittelzug zur Beschleunigung des Flurbereinigungsverfahrens beizutragen. Vergleicht man die historischen Gründe für die Beschleunigungstendenz im Flurbereinigungsverfahren mit denen, die für eine Beschleunigung in Verfahren um umweltrelevante Großvorhaben sprechen könnten¹⁾, so haben erstere einen anderen Ursprung als letztere. Bereits diese Besonderheiten sprechen dagegen, pauschal eine Vergleichbarkeit der gerichtlichen Kontrolle im Flurbereinigungsrecht mit der Kontrolle der Genehmigung nach § 6 BImSchG anzunehmen. Wesentlich gewichtiger erscheint mir allerdings noch ein zweites Argument, das gegen den Modellcharakter des flurbereinigungsrechtlichen Rechtsmittelverfahrens spricht.

Im Flurbereinigungsgerichtsverfahren kommen fast immer neben dem Recht der Flurbereinigung und dem bürgerlichen Recht zahlreiche Rechtsgebiete zur Anwendung, die mit dem Recht an Grund und Boden in Zusammenhang stehen. Zu nennen sind in diesem Zusammenhang das Raumordnungs-, Umweltschutz-, Planungsrecht, jedoch auch Fragen des Bau-, Grundbuch-, Kataster-, Wasser-, Straßen- und Wege-, Enteignungs- und Forstrechts²⁾.

Derartige Vorschriften aufeinander abzustimmen und so den Beteiligten Recht widerfahren zu lassen, setzt einige Kenntnisse der technischen Methoden und Möglichkeiten des Flurbereinigungsverfahrens voraus. Diesen Besonderheiten hat das Flurbereinigungsgesetz in § 137 dadurch Rechnung getragen, daß es die Entscheidung einem seiner Zusammensetzung nach sachverständigen Gericht übertragen hat³⁾.

Sind aber die Richter der Flurbereinigungssenate selbst in der Lage, den Sachverhalt umfassend und erschöpfend aufzuklären, so kann unter diesen Voraussetzungen auf eine zweite Tatsacheninstanz verzichtet werden. Das erhellt auch, warum die Kontrolle der Genehmigung nach § 6 BImSchG nicht mit der Kontrolle flurbereinigungsrechtlicher Entscheidungen vergleichbar ist. Denn im ersteren Fall fehlt den beteiligten Spruchkörpern die Sachkunde in technischen Zweifelsfragen, im letzteren Fall ist sie dagegen repräsentiert.

1) die Beschleunigungstendenz betont auch Steuer, Vor. § 138 FlurbG

2) vgl. Stiebens, RdL 1972, S. 29

3) vgl. Steuer, § 138 FlurbG, Anm. 6

Dem Rechtsmittelzug im Flurbereinigungsgerichtsverfahren könnte deshalb allenfalls dann Modellcharakter beigegeben werden, wenn auch die Kontrolle der Genehmigung nach § 6 BImSchG einem sachverständigen Gericht übertragen wäre.

Da letzteres nicht der Fall ist, muß das Flurbereinigungsgerichtsmodell abgelehnt werden.

c) Der Modellcharakter der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle

Die Befürworter der Zuständigkeitserweiterung der Oberverwaltungsgerichte verweisen ferner auf den Modellcharakter der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle durch die Oberverwaltungsgerichte gemäß § 7 VwGO¹⁾.

Da sich die abstrakte Normenkontrolle vor den Oberverwaltungsgerichten seit langem vor allem bei der Kontrolle von Planfeststellungsverfahren bewährt habe und bei den meisten Großverfahren Planfeststellungsverfahren die einschlägigen Verwaltungsverfahren seien, unterstütze u.a. dieser Aspekt die Forderung nach einer Erweiterung der erstinstanzlichen Zuständigkeit der Oberverwaltungsgerichte.

Es ist jedoch fraglich, ob diese Argumentation stichhaltig ist²⁾. Ähnlich wie bei der Erörterung des Flurbereinigungsgerichtsmodells muß auch hier zunächst nach einer Vergleichbarkeit der Materien gefragt werden.

Eine Vergleichbarkeit läßt sich aber nicht damit rechtfertigen, daß bei Großverfahren Planfeststellungsverfahren eine Rolle spielen und sich die Kontrolle von Planfeststellungsverfahren allgemein durch die Oberverwaltungsgerichte als geeignetes Instrumentarium erwiesen habe. Die auf dieser Argumentation basierende Auffassung berücksichtigt nicht genügend den Unterschied zwischen Großvorhaben der hier in Rede stehenden Art und allgemeinen Großverfahren.

Denn die meisten umweltrelevanten Großvorhaben werden gerade nicht im Rahmen eines Planfeststellungsverfahrens genehmigt, so daß bereits aus diesem Grunde der Modellcharakter der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle nicht für die hier behandelte Problematik herangezogen werden kann.

1) vgl. etwa Scholz, DVBL 1982, S. 610; ebenfalls Bundestags-Drucksache 10/171, S. 9

2) so Scholz, DVBL 1982, S. 610

Im übrigen ergehen Entscheidungen im Normenkontrollverfahren über die Gültigkeit von Rechtsnormen, so daß der Regelungsgegenstand ein ganz anderer ist, als es die Genehmigung im Falle einer Zuweisung an die Oberverwaltungsgerichte sein würde¹⁾.

Schließlich sind Entscheidungen, die eine Vorschrift im Normenkontrollverfahren für nichtig erklären, gemäß § 47 Abs. 6 S. 2 VwGO allgemeinverbindlich und betreffen in aller Regel Rechtsnormen, deren Geltung selten über den Bereich eines Verwaltungsgerichtsbezirks hinausgeht. Eine derartige Sachlage ist bei umweltrelevanten Großvorhaben nicht anzutreffen, deren Bedeutung weit über der von Rechtsnormen liegt, die der Normenkontrolle unterliegen²⁾.

Im Ergebnis muß deshalb der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle ein Modellcharakter abgesprochen werden.

d) Die Bedeutung des verwaltungsbehördlichen Vorverfahrens

Für die geplante Zuständigkeitserweiterung könnte die besondere Bedeutung des verwaltungsbehördlichen Vorverfahrens sprechen:

Obwohl dieser Gesichtspunkt bereits vor über 25 Jahren als Argument gegen zwei Tatsacheninstanzen verwendet worden ist³⁾, findet er in der derzeitigen Diskussion um die Zuständigkeitserweiterung kaum Berücksichtigung⁴⁾.

Angesichts der bisher gewonnenen Ergebnisse erscheint das erstaunlich, da bislang - von dem Prinzip des effektiven Rechtsschutzes abgesehen - keine hinreichenden Gründe für die geplante Zuständigkeitserweiterung gefunden werden konnten:

Da der Hinweis auf die Bedeutung des verwaltungsbehördlichen Vorverfahrens nicht von vornherein als Argument verfehlt erscheint, soll dieser Gesichtspunkt hier weiter vertieft werden.

Die Gegner einer zweiten Tatsacheninstanz messen dem verwaltungsgerichtlichen Vorverfahren im System des Verwaltungsrechtsschutzes deshalb be-

1) vgl. auch Ule, WUV 1983, S. 28

2) vgl. auch die Begründung des Bundesrates, Bundestags-Drucksache 10/171, S. 9

3) vgl. van Husen, DVBL 1958, S. 675; die Bedeutung des Vorverfahrens betont auch Meyer-Hentschel, VerwArch 48 (1957), S. 148

4) erwähnt bei Ule, DVBL 1983, S. 443 und Jessen, NVwZ 1982, S. 411

sondere Bedeutung zu, weil einerseits anhängige Verwaltungsrechtssachen bereits zweimal innerhalb der Verwaltung auf Recht- und Zweckmäßigkeit überprüft worden sind und im übrigen ein erheblicher Teil der Verwaltungsrechtssachen überhaupt nicht zu den Verwaltungsgerichten gelangen, sondern im Vorverfahren erledigt werden¹⁾.

Sei nun eine Verwaltungsrechtssache bereits zweimal innerhalb der Verwaltung von rechtskundigen und verantwortungsbewußten Beamten auf Recht- und Zweckmäßigkeit überprüft worden, führe die Zulassung einer weiteren Überprüfung in drei Instanzen zu einer Häufung der Kontrolle, für die keinerlei Notwendigkeit bestehe²⁾.

Die insgesamt fünffache Überprüfung eines Verwaltungsakts sei die Ursache für die Verzögerungen und die Überlastung der Gerichte und stelle eine Übersteigerung dar, die es verständlich mache, wenn von einem Rechtsmittelstaat gesprochen werde³⁾. Eine Beschränkung des gerichtlichen Instanzenzuges auf eine Tatsachen- und eine Rechtsinstanz wird aus diesen Gründen für unbedingt erforderlich gehalten.

Bringt man diese Argumente in die Diskussion um die geplante Zuständigkeitserweiterung ein, so läßt sich kaum leugnen, daß der Gedanke der besonderen Bedeutung des Vorverfahrens im Hinblick auf die Überprüfung der Genehmigung nach § 6 BImSchG zunächst überzeugend klingt. Auch bei der Kontrolle der Genehmigung nach § 6 BImSchG findet insgesamt eine fünffache Überprüfung des erlassenen Verwaltungsaktes statt. Es kommt hinzu, daß rechtserhebliche Tatsachen - anders als im Zivil- oder Strafprozeß - häufig nicht mehr von den Verwaltungsgerichten festgestellt werden müssen, sondern bereits aktenkundig sind.

Angesichts dieser Umstände - vollständige Überprüfung der Recht- und Zweckmäßigkeit auf der Verwaltungsebene sowie Tatsachenfeststellungen durch die Behörden - erscheint es durchaus vertretbar, die Notwendigkeit einer zweiten Tatsacheninstanz in Frage zu stellen.

Andererseits muß jedoch berücksichtigt werden, daß es häufig gerade erst das erstinstanzliche Urteil ist, das den Klägern Lücken und Unzulänglichkeiten des Vortrags vor Augen führt⁴⁾.

1) vgl. insbesondere Sander, SchlLHA 1971, S. 133; ferner Meyer-Hentschel, VerwArch 48 (1957), S. 148: "nur 6,2 % der Verfahren gelangen zu den Verwaltungsgerichten"

2) deutlich van Husen, DVBL 1948, S. 675; Sander, SchlLHA 1971, S. 133

3) vgl. van Husen, DVBL 1948, S. 675

4) vgl. Kopp, DVBL 1982, S. 615; DAV, Stellungnahme, S. 10

Von daher ist es fraglich, ob - trotz Anerkennung der besonderen Bedeutung des verwaltungsbehördlichen Vorverfahrens - der Verzicht auf eine zweite Tatsacheninstanz nicht zu einer Rechtsschutzverkürzung führt und die Aufgabe der Verwaltungsgerichte, das Gesetzmäßigkeitsprinzip zu gewährleisten, eliminiert.

Es kommt hinzu, daß das verwaltungsbehördliche Vorverfahren bislang noch nicht den Stellenwert hat, daß dort der rechtsstaatliche Mehrwert erbracht werden könnte, der die richterliche Entscheidung ausmacht. So lange das Verwaltungsverfahren aber von seiner tatsächlichen und rechtlichen Effektivität noch nicht hinreichend funktionstüchtig ist und noch nicht die Bedeutung hat, wie es beispielsweise in den USA der Fall ist, erscheint das Argument der Bedeutung des Vorverfahrens allein nicht ausreichend, um die geplante Zuständigkeitserweiterung zu rechtfertigen.

e) Der Gedanke der übergreifenden Bedeutung umweltrelevanter Großvorhaben

Vom Bundesrat¹⁾ ist schließlich der Gesichtspunkt in die Diskussion gebracht worden, die Gegenstände der geplanten Zuständigkeitserweiterung müßten wegen ihrer besonderen Bedeutung, wegen ihres Umfangs und ihres Schwierigkeitsgrades zweckmäßiger Weise von einem Obergericht entschieden werden. Dahinter steht vereinfacht ausgedrückt der Gedanke, daß es sinnwidrig erscheint, die Genehmigung von Vorhaben mit erheblicher Relevanz von zahlreichen Einzelgerichten überprüfen zu lassen sowie die Überlegung, daß Urteile von Obergerichten eine höhere Richtigkeitsgewähr haben, als die unterer Instanzen.

Was den Gesichtspunkt der übergreifenden Bedeutung anbetrifft, läßt sich daraus jedoch keineswegs zwingend eine Erweiterung der erstinstanzlichen Zuständigkeit ableiten. Daß die Kontrolle umweltrelevanter Großvorhaben sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher Hinsicht schwierig zu handhaben ist, große Auswirkungen auf Industrie und Bevölkerungsteile hat und damit eine Sonderstellung einnimmt, wird niemand ernstlich bezweifeln.

Allein die besondere Bedeutung eines Vorhabens ist als Argument aber zu pauschal, um einen derart schwerwiegenden Schritt, wie den geplanten Wegfall der zweiten Tatsacheninstanz, zu rechtfertigen. Im Gegenteil,

1) vgl. Bundestags-Drucksache 10/171, S. 9 (Begründung)

es ist in der Tat nicht nachvollziehbar, warum ausgerechnet in Bereichen mit besonderer Relevanz und Schwierigkeit auf eine zweite Tatsacheninstanz verzichtet werden sollte.

Außerdem ist zu erwarten, daß eine derart allgemein gehaltene Begründung das Vertrauen von Bevölkerungsteilen in die Rechtsstaatlichkeit erheblich beeinträchtigen wird und Anlaß zu der Befürchtung gibt, auch andere Bereiche könnten später wegen ihrer vom Gesetzgeber festgelegten besonderen Bedeutung unter den Zuständigkeitskatalog fallen.

Fragwürdig ist auch die unausgesprochen hinter der Begründung des Bundesrates stehende Vorstellung von einer höheren Richtigkeitsgewähr obergerichtlicher Urteile. Diese Vorstellung ist bislang weder durch rechtstatsächliche Untersuchungen noch durch sonstige Anhaltspunkte belegbar und muß deshalb so lange bezweifelt werden, als sie nicht in ausreichend nachvollziehbarer Weise belegt wird¹⁾,

Im Ergebnis ist deshalb der Gedanke der übergreifenden Bedeutung als Begründungselement nicht geeignet, um die geplante Zuständigkeitserweiterung zu rechtfertigen.

f) Ergebnis

Die Ausführungen haben verdeutlicht, daß wenig Argumente zu finden sind, die eine Erweiterung der erstinstanzlichen Zuständigkeit der Oberverwaltungsgerichte rechtfertigen könnten.

Das liegt teilweise daran, daß verwertbare Erkenntnisse über Rechtstatsachen beispielsweise bzgl. einer größeren Richtigkeitsgewähr zweitinstanzlicher Urteile nicht vorliegen, teilweise auch daran, daß etwaige "Modelle" sich in anderen Bereichen bewährt haben, aber nicht ohne weiteres auf die Kontrolle der Genehmigung nach § 6 BImSchG übertragbar sind.

Die Tatsache der besonderen Bedeutung umweltrelevanter Großvorhaben ist grundsätzlich zu allgemein, um den geplanten schwerwiegenden Eingriff in das bestehende System verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes zu untermauern.

Stichhaltiger sind dagegen der aus dem Gebot des effektiven Rechtsschutzes abgeleitete Beschleunigungsgedanke sowie der Hinweis auf die besondere Bedeutung des verwaltungsbehördlichen Vorverfahrens. Jedoch fehlen auch in diesem Zusammenhang einerseits verwertbare Erkenntnisse

1) vgl. in diesem Zusammenhang auch Joachim Martens, DÖV 1969, S. 313, 315

über Rechtstatsachen bezogen auf den mit einer Zuständigkeitserweiterung verbundenen Zeitgewinn, andererseits hat das verwaltungsbehördliche Vorverfahren (noch) nicht den Stellenwert einer antizipierten Rechtsschutzgewährung und vermag deshalb im Ergebnis die zweite Tatsacheninstanz (noch) nicht zu ersetzen. Der Vorschlag des Bundesrates begegnet deshalb sowohl wegen fehlender Erkenntnisse über Rechtstatsachen als auch im Hinblick auf einzelne Begründungselemente erheblichen Bedenken und muß zum derzeitigen Zeitpunkt als noch nicht vertretbar angesehen werden.

§ 14 Kontrolle der Genehmigung nach § 6 BImSchG durch "sachverständige Richter" oder durch "Technologiekammern"

I. Die besondere Bedeutung von Sachverständigen in Verfahren um umweltrelevante Großvorhaben

Ein wesentliches Merkmal der behördlichen Genehmigungspraxis für umweltrelevante Großvorhaben nach dem BImSchG und deren verwaltungsgerichtlicher Kontrolle ist die besonders bevorzugte Einschaltung von Sachverständigen zur Vermittlung von Tatsachen und Erfahrungssätzen sowie zur Feststellung und Beurteilung von Sachverhalten¹⁾,

Es wurde bereits an anderer Stelle verdeutlicht, daß die Ermittlung dessen, was zur Genehmigung gestellt ist, erhebliche Schwierigkeiten bereitet, die größtenteils auf die Verwendung unbestimmter Gesetzesbegriffe in den Genehmigungsvoraussetzungen zurückzuführen sind²⁾.

Die Zuziehung von Sachverständigen in Verfahren um umweltrelevante Großvorhaben geschieht deshalb vorrangig zur Ausfüllung derartiger Gesetzesbegriffe³⁾. Diese Leistung fällt im Prozeß der Rechtsanwendung zwar idealtypisch in den Bereich richterlicher Verantwortung. Dazu sind die Richter jedoch häufig mangels entsprechenden Fachwissens aus eigener Anschauung nicht in der Lage.

1) vgl. Wagner/Nobbe, ZfU 1980, S. 512; Johann Schmidt, FS für Maunz, S. 299

2) vgl. für die im Atomrecht ähnliche Problematik Czajka, DÖV 1982, S. 99; Fiedler, Universitas 1981, S. 166 f.

3) vgl. Ule/Laubinger, Gutachten für den 52. DJT, B 90; Wagner/Nobbe, ZfU 1980, S. 512

Die Schwierigkeiten beginnen bereits dort, wo es darum geht, die zu begutachtenden Punkte im Beweisbeschuß möglichst präzise zu bezeichnen. Wenn der Richter mangels spezieller technischer Fachkenntnisse weder den zur Entscheidung anstehenden Lebenssachverhalt (verständlicher Weise) nicht begreift noch die normative Verweisung auf Regeln der Technik nachvollziehen kann, gestaltet sich die sachgerechte Formulierung des Beweisbeschlusses als äußerst schwierig¹⁾.

Stellt man diesen Gesichtspunkt zurück, so wird spätestens die Beurteilung und Verwertung der erstatteten Sachverständigengutachten zum neuralgischen Punkt: Der Richter steht nunmehr vor dem Problem, die Sachverständigengutachten zunächst inhaltlich zu begreifen, umzusetzen und im Wege der Beweiswürdigung zu verwerten, eine Leistung, die ohne fachspezifisches Wissen letztlich kaum erbracht werden kann.

Regelmäßig ist eine Streitsache dann auch nicht mit einem Gutachten entscheidungsreif, sondern es werden Gegengutachten und Obergutachten erstellt. Diese müssen ebenfalls im Wege der freien Beweiswürdigung verwertet werden und zwingen den Richter dazu, Stellungnahmen verschiedener Sachverständiger gegeneinander abzuwägen und in den Entscheidungsprozeß einzubauen²⁾. Auch das erfordert ein hohes Maß an Fachkunde, die bei den Richtern zwangsläufig nicht in dem erforderlichen Maße vorhanden sein kann³⁾.

Damit offenbart sich ein erheblicher Einfluß von Sachverständigen auf das Prozeßgeschehen, da diese die eigentlichen Fachleute sind und die Entscheidungsfindung maßgeblich bestimmen. Jedenfalls ist das Urteil des Sachverständigen im konkreten Fall von erheblicher Bedeutung, auch wenn formal gesehen der Sachverständige nur als Entscheidungshelfer des Gerichts tätig wird⁴⁾.

Dieser Befund führt zu der häufig kritisierten Prozeßsituation, daß einerseits eine relativ kleine Gruppe von Sachverständigen faktisch zum eigentlichen Entscheidungsträger wird⁵⁾ und andererseits die Richter

1) dazu Johann Schmidt, FS für Maunz, S. 300

2) vgl. nur Czajka, DöV 1982, S. 100; allgemein auch Pieper, ZfP 84 (1971), S. 27

3) vgl. in diesem Zusammenhang auch Fröhler, Rechtsprobleme, S. 68; Hansmann, Referat für den 52. DJT, K 50

4) vgl. Wagner/Nobbe, ZfU 1980, S. 515

5) siehe dazu Wagner, NJW 1980, S. 667; Kopp, UPR 1982, S. 48; Rudolph, JZ 1975, S. 316; Fiedler, ET 1982, S. 582; Johann Schmidt, FS für Maunz, S. 302

trotz unzureichender Sachkunde gezwungen sind, technische Zweifels-
fragen letztverbindlich zu entscheiden¹⁾.

Darüber hinaus bedeutet die wachsende Notwendigkeit zur Einschaltung
von Sachverständigen aus mehrfachem Grund eine Prozeßverzögerung. Ein-
mal sind Sachverständige häufig auf Monate hinaus ausgebucht, des wei-
teren verzögert sich die Prozeßerledigung dadurch, daß der Richter
die Ergebnisse des Gutachtens erst einmal inhaltlich begreifen muß²⁾.

II. Besetzung der Verwaltungsgerichte mit sachverständigen Richtern

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, daß Gericht und Sachver-
ständiger bei der Ermittlung des Sachverhalts und seiner Beurteilung
in enger Weise zusammenwirken. Das gilt vornehmlich in den Bereichen,
in denen es um die Subsumtion von Tatsachen unter die unbestimmten Ge-
setzesbegriffe des BImSchG geht. Hier übt der Sachverständige eine
Tätigkeit aus, die vom Richter selbst wahrgenommen würde, wenn er über
die erforderliche Sachkunde verfügte³⁾.

Damit übernimmt der Sachverständige grundsätzlich eine Tätigkeit, die
eigentlich in den Aufgabenbereich des Richters fällt.

Das ist so lange unproblematisch, wie nicht der Richter nur noch als
Sprachrohr der Sachverständigen fungiert⁴⁾. Letzteres ist aber heut-
zutage in sämtlichen Bereichen, in denen fachspezifische Fragen eine
Rolle spielen, der Fall⁵⁾, insbesondere auch im Umweltschutzrecht⁶⁾.

Von daher stellt sich die Frage, ob nicht eine Besetzung der Kammern
mit sachverständigen ehrenamtlichen Beisitzern sinnvoll erscheint⁷⁾.

Trotz einiger Vorbilder auf den Sondergebieten des Handelsrechts⁸⁾, des

1) vgl. nur Ossenbühl, DVBL 1978, S. 2

2) vgl. dazu auch Blomeyer, ZRP 1970, S. 155

3) allgemein Pieper, ZRP 84 (1971), S. 30, 31; Varrentrapp, DRIZ 1969,
S. 351 f.

4) so Fröhler, Rechtsprobleme, S. 69

5) vgl. auch Blomeyer, ZRP 1970, S. 155

6) vgl. nur Czajka, DÖV 1982, S. 100; Hansmann, Referat zum 52. DJT, K 52;
Lukes, Bitburger Gespräche 1981, S. 125

7) von Fröhler bereits 1971 gefordert, vgl. Fröhler, Rechtsprobleme, S. 69;
vgl. ferner Schwarze, DÖV 1973, S. 704; Winters, DÖV 1978, S. 272; vgl.
auch die allgemeinen Ausführungen von Räiser, BB 1972, S. 471

8) vgl. §§ 105, 109, 114 GVG

Patentrechts¹⁾ und des Flurbereinigungsrechts²⁾, die sachverständigen Richtern einen hohen Stellenwert einräumen, wird die Besetzung verwaltungsgerichtlicher Kammern mit sogenannten "technischen Beisitzern" im allgemeinen abgelehnt³⁾.

Zur Begründung wird im wesentlichen darauf verwiesen, daß die Vielseitigkeit der zu beurteilenden Fragen einen technischen Generalisten überfordern und damit seinen Beitrag zur Urteilsfindung erheblich relativieren würde⁴⁾. Außerdem wird auf die Schwierigkeiten hingewiesen, geeignete Personen zu finden, deren Sachverstand die ganze Breite der in Betracht kommenden Fachfragen abdecken könnte⁵⁾.

Diese Argumente vermögen jedoch nicht in vollem Umfang zu überzeugen. Was die Schwierigkeiten bei der Gewinnung sachverständiger Richter anbelangt, ergeben sich hier ähnliche Probleme, wie bei der personellen Zusammensetzung eines Sachverständigengremiums, auf das Teile der immissionschutzrechtlichen Genehmigung übertragen werden könnten⁶⁾.

Hier wie dort hängt die Gewinnung von Persönlichkeiten mit fundiertem technischen Sachverstand davon ab, daß vornehmlich im Bereich der Juristenausbildung rechtzeitig die entsprechenden Weichen gestellt werden.

Die zutreffende Erkenntnis, daß es derzeit so gut wie ausgeschlossen ist, geeignete technische Beisitzer für Streitigkeiten um Großvorhaben nach dem BImSchG zu finden, rechtfertigt nicht die Annahme, daß der naheliegende Vorschlag einer personellen Umbesetzung der Kammern von vornherein zu verwerfen ist.

Die in den letzten Jahren vornehmlich um Umweltschutzrecht aufgetretene Problematik der Spannung zwischen Recht und Technik sollte vielmehr Anlaß genug sein, von bestehenden Strukturen der personellen Kammerbesetzung ab-

1) vgl. § 65 II PatG: rechtskundige und technische Mitglieder

2) vgl. § 139 FlurbG

3) vgl. Lukes, technische Sachverhalte, S. 93; Wagner/Nobbe, ZfU 1980, S. 526, 527; Czajka, DÖV 1982, S. 101; Schlichter, GewArch 1978, S. 318; Johann Schmidt, FS für Maunz, S. 301

4) vgl. Johann Schmidt, FS für Maunz, S. 301; Ule/Laubinger, Gutachten für den 52. DJT, B 91

5) vgl. auch Bender, Spannungsausgleich, S. 40; ebenso Schmitt Glaeser, Der Landkreis 1976, S. 450; Lukes, NJW 1978, S. 244; Ule/Laubinger, Gutachten für den 52. DJT, B 91

6) siehe oben § 8 II, 5 c

zurück und wenigstens den Versuch zu unternehmen, geeignete technische Beisitzer für die Verwaltungsgerichte zu finden.

Ein solcher Versuch wird auch nicht dadurch entbehrlich, daß unlängst an die Richter die Forderung erhoben worden ist, die Fachterminologie zu erlernen und sich unklare Punkte so lange von Sachverständigen erläutern zu lassen, bis diese restlos geklärt worden seien¹⁾. Dieser Weg ist einerseits mit Rücksicht auf die Gefahr von Fehlschlüssen nicht unproblematisch²⁾ und dient andererseits wohl kaum der Entlastung der Verwaltungsgerichtsbarkeit und der Prozeßbeschleunigung.

Was den Gesichtspunkt der Vielseitigkeit der zu beurteilenden Fragen und der damit angesprochenen Überforderung sachverständiger Beisitzer anbetrifft, spricht auch dies nicht zwingend gegen eine Umstrukturierung des bestehenden KammerSystems.

Wenn z.Zt. genügend Sachverständige in der Lage sind, die wechselseitig auftretenden Fragen medizinischer und technischer Art zu beurteilen, so dürften diese Leistungen nach entsprechender Ausbildung auch technische Beisitzer erbringen können.

Abschließend soll noch darauf hingewiesen werden, daß sich die momentanen Schwierigkeiten möglicherweise verringern ließen, wenn nach nochmaliger Prüfung die erstinstanzliche Zuständigkeit der Obergerwaltungsgerichte für umweltrelevante Großvorhaben eingeführt würde³⁾. Für diesen Fall würde sich die Anzahl der benötigten technischen Berater erheblich verringern, so daß eine entsprechende Umbildung der Senate vorgenommen werden könnte.

Im Ergebnis sprechen jedenfalls keine durchgreifenden Bedenken gegen die Umstrukturierung des derzeitigen KammerSystems.

1) so aber Czajka, DÖV 1982, S. 101

2) wie hier Hansmann, Referat zum 52. DJT, K 51

3) darauf weisen Ule/Laubinger, Gutachten für den 52. DJT, B 91 hin

III. Einführung sogenannter "Technologiekammern"?

Ein weiterer Vorschlag zur Behebung der derzeitigen Schwierigkeiten bei der Kontrolle technischer Großprojekte zielt in die Richtung einer Institutionalisierung sogenannter "Technologiekammern" bei den Verwaltungsgerichten¹⁾.

Ausgehend von dem Vorbild eines Wissenschaftsgerichtshofs (Science Court-Modell) erhoffen sich die Befürworter dieses Modells eine effektivere Problembewältigung durch Einrichtung einer Spezialkammer für technologische Streitsachen unter stärkerer Beteiligung wissenschaftlich vorgebildeter Laienrichter im Rahmen der bestehenden Gerichtsordnung²⁾.

Dieser Vorschlag hat in der Literatur teilweise Ablehnung³⁾, teilweise auch Zustimmung⁴⁾ gefunden.

Auffallend ist zunächst, daß die Diskussion um derartige "Technologiekammern" sowohl auf der rechtsphilosophischen⁵⁾ als auch auf der verwaltungsprozessualen Ebene⁶⁾ geführt wird.

Die rechtsphilosophischen Gesichtspunkte sollen an dieser Stelle nicht weiter vertieft werden, da ansonsten eine Grundsatzdiskussion über die Konsensfähigkeit hochkomplexer Technologien etc. aufgerollt werden müßte.

Was die verwaltungsprozessualen Argumente anbetrifft, erscheint es bemerkenswert, daß bei den Gegnern der sogenannten "Technologiekammern" im Grunde von einer Diskussion keine Rede sein kann. So behauptet beispielsweise Lukes⁷⁾ lediglich in einer Fußnote, die Anregungen entbehrten des realen Bezugs zur deutschen Rechtsordnung. Angesichts der Tatsache, daß die Institutionalisierung sogenannter "Technologiekammern" im Bereich etwa der Arbeitsgerichtsbarkeit etc.

1) vgl. Dierkes/v. Thienen, WUV 1977, Heft 4, S. 2 - 13

2) vgl. Dierkes/v. Thienen, WUV 1977, Heft 4, S. 11, Modell III

3) vgl. Kewenig, WUV 1978, Heft 3, S. 2 - 7; Roelleke, WUV 1978, Heft 2, S. 2 - 6; Wagner/Noebbe, ZfU 1980, S. 527; Lukes, NJW 1978, S. 244 Fn 17a; Hansmann, Referat zum 52. DJT, K 53

4) vgl. Wenz, WUV 1978, Heft 4, S. 2 - 5

5) dazu Roelleke, WUV 1978, Heft 2, S. 2 - 6

6) dazu Wagner/Noebbe, ZfU 1980, S. 527; Wenz, WUV 1978, Heft 4, S. 2 - 5

7) vgl. Lukes, NJW 1978, S. 244 Fn 17a

Vorbilder hat und im übrigen in das bestehende Rechtssystem integriert werden soll,vermag diese Argumentation kaum zu überzeugen.

Auch die übrigen Gegner des hier zur Diskussion gestellten Modells gelangen kaum über Behauptung und Gegenbehauptung hinaus¹⁾.

Bereits aus diesem Grunde kann hier keine differenzierte Auseinandersetzung mit der Literatur erfolgen.

Ohne diese Problematik hier weiter vertiefen zu wollen erscheint mir jedoch zur Vermeidung von Mißverständnissen folgender Hinweis unentbehrlich:

Bislang ist von der gesamten Literatur zu den Problemfällen "Technologiekammern" übersehen worden, daß die Kontrolle der Genehmigung nach § 6 BImSchG durch sachverständige Richter einerseits und die Institutionalisierung von Fachkammern andererseits identisch sind. Denn im Ergebnis ist es völlig gleich, ob als Beisitzer technisch vorgebildete Wissenschaftler eingesetzt werden und dann vom sachverständigen Richter gesprochen wird oder das gesamte Gebilde als Technologiekammer bezeichnet wird.

Da stichhaltige Gesichtspunkte im Streit um die Einführung von Technologiekammern fehlen, dieser Vorschlag jedoch mit dem Vorschlag der Verstärkung der Rechtspflege um sachverständige Richter identisch ist, gelten hier wie dort als Argumentationsbasis die gleichen Gesichtspunkte.

Der Streit um Technologiekammern erweist sich damit als Scheinproblem und hinsichtlich des Für und Wider der Kontrolle durch sachverständige Richter kann auf das bereits Gesagte verwiesen werden.

1) vgl. etwa Wagner/Nobbe, ZfU 1980, S. 527

Dritter Hauptteil:

§ 15 Gesamtergebnisse

Als Ergebnis kann festgehalten werden, daß eine Möglichkeit gefunden wurde, Art und Umfang der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle der Immissionsschutzrechtlichen Genehmigung de lege lata zu beschränken.

Darüber hinaus konnte nachgewiesen werden, daß durch eine entsprechende Umgestaltung des § 6 BImSchG die Möglichkeit besteht, de lege ferenda eine Kontrollrestriktion herbeizuführen.

Ähnliches gilt für Möglichkeiten der Verfahrensbeschleunigung bei der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle der Genehmigung nach § 6 BImSchG.

Zwar hat die Untersuchung ergeben, daß de lege lata nur wenig Möglichkeiten der Verfahrensbeschleunigung bei der gerichtlichen Kontrolle der Genehmigung umweltrelevanter Großvorhaben gegeben sind. Allerdings konnten einige Wege aufgezeigt werden, welche de lege ferenda dazu beitragen können, die derzeit bestehenden Hemmnisse bei der Realisierung umweltrelevanter Großvorhaben zu vermindern.

Die Untersuchung zu den Möglichkeiten der Kontrollrestriktion im Bereich des materiellen Immissionsschutzrechts de lege lata hat zunächst gezeigt, daß in Rechtsprechung und Literatur zum materiellen Immissionsschutzrecht nur wenig tragfähige Anhaltspunkte zu finden sind, die eine - gemessen an der bisherigen Spruchpraxis - weniger dichte Gerichtskontrolle rechtfertigen könnten.

Die Lehre vom Beurteilungsspielraum führt einerseits zu unauflösbaren Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen Wert- und Erfahrungsbegriffen und ist andererseits nicht in der Lage, die spezifisch immissionsschutzrechtliche Problematik, die im tatsächlichen Bereich verankert ist, befriedigend zu lösen.

Ähnliches gilt für die Vertretbarkeitslehre, die nur in den relativ seltenen Fällen einer Grenzzurückweisung der behördlichen Entscheidung einen Vorrang einräumen will. Im übrigen verlagert diese Lehre die Problematik auf die Frage, ob ein Grenzfall vorliegt oder nicht.

Soweit in der Literatur zur Begründung eines Beurteilungsspielraums das Gewaltenteilungsprinzip herangezogen wird, erschien dieser Gesichtspunkt zu abstrakt, um daraus konkrete Folgerungen ableiten zu können. Die Untersuchung hat vielmehr gezeigt, daß der rechtliche Ansatzpunkt für eine Kontrollrestriktion auf der Basis des materiellen Rechts in der Struktur der konkreten immissionsschutzrechtlichen Normen zu suchen ist.

Dementsprechend war auch den Ansätzen zu widersprechen, die einen Beurteilungsspielraum kraft Natur der Sache befürworten. Allein die Tatsache, daß die Kontrolle der Genehmigung nach § 6 BImSchG besondere Schwierigkeiten tatsächlicher Art aufweist, rechtfertigt nicht die Reduzierung der verwaltungsgerichtlichen Kontrolldichte.

Demgegenüber hat es sich als sinnvoll erwiesen, im Wege einer Gesamtschau die materiellen Genehmigungsvoraussetzungen des § 6 BImSchG zu analysieren und von dort aus der Frage nachzugehen, ob nach dem Willen des Gesetzgebers sowie Sinn und Zweck der zu entscheidenden Norm Entscheidungsprärogativen der Behörde vorhanden sind.

Die in diesem Zusammenhang vorgenommene Untersuchung hat gezeigt, daß der prognostische Charakter der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung allein nicht für ein Entscheidungsvorrecht der Behörde ausreicht. Lediglich als additives Merkmal ist der Prognosebegriff geeignet, Rückschlüsse auf das Vorliegen von Entscheidungsprärogativen zu ziehen.

Der nach dieser Auffassung erforderliche sonstige sachstrukturelle Anhaltspunkt konnte allerdings in § 48 BImSchG nachgewiesen werden.

Die Vorschrift belegt sowohl vom Wortlaut als auch von der Entstehungsgeschichte her sowie nach Sinn und Zweck, daß der Gesetzgeber die Konkretisierung der unbestimmten Gesetzesbegriffe mit Rücksicht auf den prognostischen Charakter der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung letztverbindlich auf die Exekutive übertragen wollte. Soweit eine derartige Konkretisierung durch allgemeine Verwaltungsvorschriften wie die TA-Lärm und TA-Luft erfolgt ist, binden die in diesen Vorschriften enthaltenen Immissions- und Emissionswerte nebst Meß- und Beurteilungsverfahren sowohl die Behörde als auch die Verwaltungsgerichte.

Entsprechend dieser abgeschwächten Vertretbarkeitslehre verringert sich die verwaltungsgerichtliche Kontrolldichte, wobei die Kontrolle nach Maßgabe einer im einzelnen dargestellten Rahmenkontrolle erfolgt.

Im Ergebnis als nicht tragfähig für eine Kontrollrestriktion hat sich dagegen die Qualifizierung des in § 5 Nr. 2 BImSchG verankerten Vorsorgegebotes als Planungsvorschrift erwiesen.

Zwar läßt sich anhand der Gesetzesmaterialien sowie des Wortlautes der Vorschrift nachweisen, daß § 5 Nr. 2 BImSchG als Norm mit planerischem Einschlag anzusehen ist.

Mangels näherer Angaben im BImSchG über Art und Umfang der Planung sowie der bei der Abwägung zu berücksichtigenden Interessen kann jedoch mit Rücksicht auf das Gebot rechtsstaatlicher Bestimmtheit nicht die Schlußfolgerung einer planerischen Gestaltungsfreiheit und einer damit korrespondierenden Verringerung der verwaltungsgerichtlichen Kontrolldichte gezogen werden.

§ 5 Nr. 2 BImSchG stellt sich damit als planungsrechtlich unausgereifte Kategorie dar, die allerdings möglicherweise de lege ferenda als echte planungsrechtliche Vorschrift konzipiert werden könnte.

Die Suche nach Möglichkeiten der Kontrollrestriktion auf der Grundlage des materiellen Immissionsschutzrechts de lege ferenda orientierte sich zunächst an der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts sowie den in der Literatur vertretenen Ansichten.

Da diese eine Entscheidungsprärogative der Exekutive bei wertenden oder prognostischen Entscheidungen annehmen, wenn diese nach dem zugrunde liegenden Gesetz von einem besonders sachkundigen, repräsentativen und unabhängigen Verwaltungsgremium getroffen werden, konnte dieser Ansatz auch für das Immissionsschutzrecht fruchtbar gemacht werden.

Da die immissionsschutzrechtliche Genehmigung prognostische und wertende Gesichtspunkte beinhaltet, war die nach der Rechtsprechung und Literatur erforderliche erste Voraussetzung für die Annahme eines exekutivischen Gestaltungsspielraums gegeben.

Um den weiterhin erforderlichen sachstrukturellen Grund für eine Kontrollrestriktion zu liefern, wurde vorgeschlagen, § 6 BImSchG zu modifizieren.

Als im Ergebnis bedenklich hat sich der Vorschlag erwiesen, die volle Entscheidungskompetenz für die Genehmigung immissionsträchtiger Anlagen auf ein besonders sachkundiges, unabhängiges und gesellschaftspolitisch-repräsentatives Verwaltungsgremium zu übertragen.

Demgegenüber hat es sich als rechtlich vertretbar herausgestellt, die Vorschrift des § 6 BImSchG insofern zu modifizieren, als eine Unbedenklichkeitsbescheinigung eines Fach- bzw. Verwaltungsgremiums zur Genehmigungsvoraussetzung erhoben wird.

Mit diesem Vorschlag wird nicht die komplette Verwaltungsentscheidung auf ein Fachgremium übertragen, sondern ein Sachverständigengremium entscheidet lediglich verbindlich über die Bewertung naturwissenschaftlicher und technischer Fragen und die Genehmigungserteilung bleibt weiterhin bei der Genehmigungsbehörde.

Der Vorteil dieser Lösung wurde insbesondere darin gesehen, daß die Gerichte nicht in alle naturwissenschaftlichen Einzelfragen eindringen müssen, sondern ihre Tätigkeit auf eine im einzelnen dargestellte Rahmenkontrolle beschränken können.

Die Folge ist eine Konzentration der zentralen Fragen auf das Genehmigungsverfahren, während das Gerichtsverfahren weitgehend von technischen Details verschont bleibt und somit verkürzt und straffer durchgeführt werden kann.

Aufschlußreich waren ferner die Überlegungen zu einer Beschränkung der Kontrolle auf die Einhaltung des Verfahrensrechts.

Die in diesem Zusammenhang vorgenommene rechtsvergleichende Untersuchung der Kontrolle des Verwaltungshandelns durch die amerikanischen Gerichte hat gezeigt, daß der Schwerpunkt der richterlichen Kontrolle nicht bei der inhaltlichen Überprüfung von Verwaltungsentscheidungen, sondern primär bei der Überwachung des Verwaltungsverfahrens und bei der Weiterbildung und Verfeinerung seiner Regeln liegt.

Gerade im Umweltschutzrecht ist es deshalb von zentraler Bedeutung, daß sich die amerikanischen Gerichte durch Anerkennung breiter Ermessens- und Beurteilungsspielräume der Verwaltung eine Beschränkung der Nachprüfung auferlegen.

Dieser Handhabung liegt die im Rahmen der Lehre vom Beurteilungsspielraum dargestellte Erwägung zugrunde, daß es sinnwidrig ist, eine Verwaltungsentscheidung durch ein richterliches Urteil zu ersetzen, wenn letzteres kein Mehr an Rechtsrichtigkeit gewährleisten kann.

Da in der deutschen Rechtsprechung Tendenzen feststellbar sind, die das Bedürfnis einer Kontrollbeschränkung auf die Einhaltung des Verfahrens-

rechts nach dem Vorbild amerikanischer Verwaltungskontrollen deutlich erkennen lassen, so wurde vorgeschlagen, die im Rahmen der vorliegenden Arbeit gegebenen Anregungen weiter zu vertiefen.

Dieses erschien deshalb sinnvoll, da eine Übernahme des anglo-amerikanischen Rechtsdenkens grundsätzlich dazu geeignet ist, die Überlastung der Verwaltungsgerichtsbarkeit abzubauen.

Eine entsprechende Übernahme dieses Gedankenguts in das kontinental-europäische Rechtsdenken könnte dazu führen, daß das Verwaltungsverfahren die Funktion einer antizipierten Rechtsschutzgewährung übernimmt und damit eine vollinhaltliche Kontrolle der Genehmigung nach § 6 BImSchG überflüssig macht.

Neben der behandelten Kontrollrestriktion auf der Grundlage des materiellen Immissionsschutzrechts galt es, Möglichkeiten der Verfahrensbeschleunigung im Bereich der Verwaltungsgerichtsordnung de lege lata und de lege ferenda zu untersuchen.

Die Untersuchung hat gezeigt, daß im Bereich der geltenden Verwaltungsgerichtsordnung - abgesehen von wenigen prozessualen Beschleunigungspflichten - Versuche einer Verfahrenskonzentration rechtlich nicht vertretbar sind.

Bedenken bestehen insbesondere gegen den in der Literatur gemachten Vorschlag einer richterlichen Selbstbeschränkung im technischen Sicherheitsrecht.

Derartigen Forderungen steht die Bindungswirkung der Gerichte entgegen. Da nach Art. 97 Abs. 1 GG der Richter dem Gesetz unterworfen und die rechtsprechende Gewalt nach Art. 20 Abs. 3 GG an Gesetz und Recht gebunden ist, kann der Umfang der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle nicht ohne weiteres mit Hilfe eines judicial self-restraint gelockert werden. Ein solches Vorgehen würde den Individualrechtsschutz in höchst unerwünschter Weise beeinträchtigen und ist deshalb abzulehnen.

Bedenken bestehen im Ergebnis auch gegen die Auffassung, die eine Zurückweisung verspäteten Vorbringens auf der Grundlage des § 173 VwGO i.V.m. § 296 ZPO befürwortet. Diese Ansicht ist mit dem verwaltungsprozessualen Untersuchungsgrundsatz, wonach das Gericht den Sachverhalt von Amts wegen erforscht, ohne an das Vorbringen der Parteien gebunden zu sein, nicht vereinbar.

Obwohl im Verwaltungsprozeß auch eine Mitwirkungspflicht der Parteien besteht, erscheint es rechtlich nicht vertretbar, auf dem Umweg über die Zurückweisung verspäteten Vorbringens die Darlegungsgrundsätze des Zivilprozesses in den Verwaltungsprozeß einzuführen.

Im letzten Teil der Arbeit wurden Möglichkeiten der Kontrollrestriktion im Bereich der Verwaltungsgerichtsordnung de lege ferenda untersucht.

Als nicht haltbar hat sich dabei der Vorschlag erwiesen, die Kontrolle von Kraftwerksgenehmigungen den Verfassungsrichtern zu übertragen. Die Einführung einer verfassungsgerichtlichen Zuständigkeit für umweltrelevante Großvorhaben führt zu einer weitgehenden Überlastung der Verfassungsgerichtsbarkeit und verlagert damit nur die Probleme auf einen anderen Gerichtszweig.

Im übrigen muß es gerade als bedenklich angesehen werden, wenn Richter naturwissenschaftliche Zweifelsfragen letztverbindlich entscheiden. Derartige Bedenken bestehen nicht nur gegenüber verwaltungsrichterlichen Entscheidungen, sondern müssen konsequenterweise auch verfassungsrichterlichen Entscheidungen entgegengebracht werden.

Als im Ergebnis nicht tragfähig für eine Lösung haben sich auch die gesetzgeberischen Aktivitäten erwiesen, von denen insbesondere die geplante Veränderung des Instanzenzuges in der Verwaltungsgerichtsbarkeit untersucht wurde.

Da die Auswirkungen der Einführung einer Zulassungsberufung nach Maßgabe der geplanten Verwaltungsprozeßordnung auf die Verfahrensdauer bei der Kontrolle der Genehmigung nach § 6 BImSchG nicht eindeutig prognostiziert werden konnten, konzentrierte sich die Erörterung auf die geplante Erweiterung der erstinstanzlichen Zuständigkeit der Obergerverwaltungsgerichte für umweltrelevante Großvorhaben.

In diesem Zusammenhang konnte zunächst festgestellt werden, daß die Frage der zweiten Tatsacheninstanz in der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit und als spezielle Ausprägung die der Erweiterung der erstinstanzlichen Zuständigkeit der Obergerverwaltungsgerichte für umweltrelevante Großvorhaben ähnlich kontrovers diskutiert wird, wie die Problematik der Kon-

trollrestriktion auf der Grundlage des materiellen Rechts. Obwohl in der Literatur zahlreiche Stellungnahmen zur Erweiterung der erstinstanzlichen Zuständigkeit der Oberverwaltungsgerichte vorhanden sind, konnten keine durchschlagenden Gründe gefunden werden, die für den Wegfall einer zweiten Tatsacheninstanz sprechen.

Zwar ist es verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, den derzeitigen mehrstufigen Rechtszug innerhalb der Verwaltungsgerichtsbarkeit abzubauen, insbesondere auf eine Tatsacheninstanz zu reduzieren.

Eine derartige Reduktion läßt sich nach der hier vertretenen Auffassung jedoch nur dann rechtfertigen, wenn verwertbare Ergebnisse der Rechtstat-sachenforschung über die Bedeutung der zweiten Instanz einer Beurteilung zugrunde gelegt werden können.

Derartige Ergebnisse sind jedoch nicht bekannt.

Das gilt auch für eine Umfrage des Bundesministers der Justiz, der mir auf meine Anfrage mit Schreiben vom 19.10.1984 mitgeteilt hat, die Zahlen seien intern und könnten nicht weitergegeben werden.

Trotz dieser unbefriedigenden Ausgangslage wurden im weiteren Verlauf der Arbeit die in der Literatur vertretenen Gründe aufgegriffen, die für und gegen eine zweite Tatsacheninstanz sprechen könnten.

Die anschließende Untersuchung hat gezeigt, daß wenig Argumente zu finden sind, die eine Erweiterung der erstinstanzlichen Zuständigkeit der Ober-verwaltungsgerichte und einen damit verbundenen Wegfall der zweiten Tat-sacheninstanz rechtfertigen könnten.

Das liegt teilweise daran, daß verwertbare Erkenntnisse über Rechtstat-sachen hinsichtlich einer größeren Richtigkeitsgewähr zweitinstanzlicher Urteile nicht vorliegen, teilweise auch daran, daß etwaige "Modelle" sich in anderen Bereichen bewährt haben, aber nicht ohne weiteres auf die Kon-trolle der Genehmigung nach § 6 BImSchG übertragen werden können.

Das Argument der besonderen Bedeutung umweltrelevanter Großvorhaben ist grundsätzlich zu allgemein, um den geplanten schwerwiegenden Eingriff in das bestehende System verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes zu unter-mauern.

Stichhaltiger sind dagegen der aus dem Gebot des effektiven Rechtsschutzes abgeleitete Beschleunigungsgedanke sowie der Hinweis auf die besondere Bedeutung des verwaltungsbehördlichen Vorverfahrens.

Jedoch fehlen auch in diesem Zusammenhang einerseits verwertbare Erkenntnisse über Rechtstatsachen bezogen auf den mit einer Zuständigkeitserweiterung verbundenen Zeitgewinn, andererseits hat das verwaltungsbehördliche Vorverfahren noch nicht den Stellenwert einer antizipierten Rechtsschutzgewährung und vermag deshalb im Ergebnis die zweite Tatsacheninstanz nicht zu ersetzen.

Abschließend wurde die Möglichkeit untersucht, die Kontrolle der Genehmigung nach § 6 BImSchG sachverständigen Richtern oder Technologiekammern zu übertragen.

Wegen der wachsenden Notwendigkeit zur Einschaltung von Sachverständigen in Verfahren um umweltrelevante Großvorhaben werden diese faktisch zum eigentlichen Entscheidungsträger.

Aus diesem Grunde wurde eine Umbesetzung der Kammern mit sachverständigen ehrenamtlichen Beisitzern befürwortet.

Hier sollte durch langfristige Planung die Gewinnung geeigneter Personen sichergestellt werden, deren Sachverstand die ganze Breite der in Betracht kommenden Fachfragen abdeckt.

LEBENS LAUF

Ich wurde am 19. Juni 1956 als Sohn des Bauingenieurs Heinz Schwab und seiner Ehefrau Marie-Theres, geb. Paul, in Arnsberg geboren. Von 1963 bis 1966 besuchte ich die Volksschule in Plettenberg und Arnsberg. 1966 wurde ich am Städtischen Gymnasium Laurentianum Arnsberg aufgenommen und erwarb dort im Jahre 1976 die Allgemeine Hochschulreife.

Im Oktober 1976 begann ich das Studium der Rechtswissenschaften an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster, das ich im Jahre 1981 mit dem Erwerb der 1. juristischen Staatsprüfung vor dem Oberlandesgericht Hamm beendete.

Von 1981 bis 1984 absolvierte ich den juristischen Vorbereitungsdienst und legte anschließend die 2. juristische Staatsprüfung vor dem Landesjustizprüfungsamt Düsseldorf ab.

Seit 1985 bin ich als Regierungsrat beim Regierungspräsidenten in Köln tätig.

